

للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي
(٥٥٥هـ - ٦٢٣هـ)



تتمة كتاب الرهن إلى نهاية كتاب الضمان

حقق هذا الجزء
الدكتور إسماعيل بن إبراهيم يوكسك

راجعه ودققه وأشرف على إخراجه وقدم له
الأستاذ الدكتور محمد عبد الرحيم سلطان العلماء





العزيز في شرح الوجيز

العزيز في شرح الوجيز

وهو الشرح الكبير

تأليف : الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي

الطبعة الأولى : ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

طبع بموجب إذن طباعة من المجلس الوطني للإعلام بدولة الإمارات

رقم (١٩٢٠٩) تاريخ (١٣/ ١٠/ ٢٠١٤م)



ص.ب: ٤٢٠٤٢ دبي - الإمارات العربية المتحدة
هاتف: ٢٦١٠٦٦٦ ٤ ٩٧١ +
فاكس: ٢٦١٠٠٨٨ ٤ ٩٧١ +
الموقع على الإنترنت : www.quran.gov.ae
البريد الإلكتروني : research@quran.gov.ae

قال رحمه الله:

(البابُ الثاني: في القبضِ والطوارئ قبلَه

والقَبضُ ركنٌ في الرَّهن لا يلزمُ (م) إلَّا به. وكيفيَّتُه في المنقولِ والعقارِ ما ذكرنا في البَيع. ولا يصحُّ إلّا من مكلَّف. ويَجوزُ للمُرتهن أن ينيبَ غيرَه، إلّا عبدَ الرّاهنِ ومستولدَتِه؛ لأن يدَهما يدُ الرّاهن. ويستنيبُ مكاتِبُ الرّاهن. وفي عبدِه المأذونِ خلاف).

كلام الباب يقع في قسمين:

القسم الأول: بيان اعتبار القبض، وأنه بم يحصل وممن يصح؟

أما الاعتبار الأول: فإن القبض ركن في لزوم الرهن، فلو رهن ولم يقبض كان له ذلك. نعم لو كان مشروطاً في بيع فللبائع الخيار.

وقال مالك[1]: يلزم الرهن بنفسه.

وعن أحمد[2] مثله، إلّا في المكيلات والموزونات.

لنا: أنه عقد إرفاق يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلّا بالقبض كالقرض.

وأما أنه بم يحصل؟ فسبيله في العقار والمنقول ما تقرر في البيع، ويعود الخِلاف المذكور في أن التخلية هل تكفي في المنقول أم لا بد من النقل؟

وعن القاضي: القطع بأنه لا تكفي التخلية في الرهن، لأن القبض مستحق في البيع، وهاهنا بخلافه.

---

(١) القبض شرط تمام في العقد، فإذا عقد الرهن بالقول لزم وأجبر الراهن على إقباضه للمرتهن في المطالبة به عند مالك. انظر: «القوانين الفقهية» ص٢١٣.

(٢) «المغني» (٤/ ٣٦٧).

ويتعلق بهذا الأصل فروع مذكورة في الفصل الذي بعد هذا الفصل.

وأما أنه مِمَّنْ يصح؟ فهو الذي يصح منه العقد، وتُجْرى النيابةُ في القبض جريانها في العقد، لكن لا يجوز للراهن إنابة المرتهن لأن الواحد لا يتولى طرفي القبض كما بينا في البيع، وكما لا ينيبه لا ينيب عبدَه ولا مدبَره ولا أم ولده؛ لأن يَدَهُمْ يدُه. ولا بأس بإنابة مكاتبه لاستقلاله باليد والتصرف. وفي عبده المأذون وجهان:

أحدهما: الجواز، لانفراده باليد والتصرف.

وأصحهما: المنع، لأنه عبده القن وهو متمكن من الحجر عليه. وهذا كله قد أشرنا إليه في البيع.

وعن الشيخ أبي علي حكاية وجه ثالث وهو: أن المأذون إن لم تَرْكَبْه الديونُ لم يجز إنابته. وإن ركبته الديون جاز، لانقطاع سلطة السيد عما في يده ومشابهته المكاتب.

قال:

(ولو رهنَ من المودع: نصَّ أنه يفتقرُ إلى إذنٍ جديدٍ. وفي الهبةِ من المودع نصَّ أنه يلزَم. فقيل قولان بالنَّقلِ والتَّخريج. وقيلَ بالفرق؛ لضعفِ الرَّهن. ثم لا بدَّ (و) من مضيِّ زمانٍ يُمكنُ المسيرُ فيه إلى البيت[1] الذي فيه الرَّهنُ حتى يلزَم. ونصّ الشّافعيّ: أنه لا يكونُ قبضاً ما لم يَصِل[2] إلى بيتِه. وقيل: إن ذلكَ إنما يُشترطُ عندَ الترَدُّدِ في بقائِه؛ ليتيقَّنَ وجودُه. والأصحّ (و): أنه لو باعَ من المودعِ؛ دخلَ في ضمانِه بمجرَّدِ البَيع).

---

(١) في (ط الفكر) و(هـ): (المبيت).

(٢) في (ز): (يسر).

في الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا أودع مالاً عند إنسان ثم رهنه منه فظاهر نصه أنه لا بد من إذن جديد في القبض. ولو وهبه منه فظاهر نصه أنه يحصل القبض من غير إذن جديد. وللأصحاب فيهما طريقان مشهوران، وثالث غريب:

أظهر المشهورين: أن فيهما قولين:

أحدهما: أنه لا حاجة في واحد من العقدين إلى الإذن في القبض، بل إنشاؤهما مع الذي في يده المال يتضمن الإذن في القبض.

وأصحهما: أنه لا بدّ منه، وبه قال أبو إسحاق[1]، لأن اليد الثابتة كانت غير[2] جهة الرهن ولم يجر تعرض للقبض بحكم الرهن.

والثاني: تقرير النصين، والفرق: أن الهبة عقد تمليك ومقصوده الانتفاع، والانتفاع لا يتم إلّا بالقبض، والرهن توثيق وأنه حاصل دون القبض، ولهذا لو شرط في الرهن كونه في يد ثالث جاز، ولو شرط مثله في الهبة فسد، وكانت الهبة ممن[3] المال في يده رضا بالقبض.

والثالث الغريب ـ حكاه القاضي ابن كج عن ابن خيران ـ: القطع باعتبار الإذن الجديد فيهما. ومحاولة تأويل نصه في الهبة. وسواء شُرِطَ إذنٌ جديد في القبض أو لم يُشتَرَط فلا يلزم العقد ما لم يمض زمان يتأتى فيه صورة القبض. ولكن إذا شرط الإذن فهذا الزمان يعتبر من وقت الإذن، فإن لم يشترطه فهو معتبر من وقت العقد.

---

(١) انظر «للمهذب» للشيرازي (٢/ ٨٧).

(٢) في (هـ): (كانت من غير)، وفي (ز): (كانت عن غير).

(٣) في (ز): (من).

وقال حرملة: لا حاجة إلى مضيّ هذا الزمان ويلزم العقد بنفسه. والمذهب: الأول[١]. لأنا نجعل دوام اليد كابتداء القبض، فلا أقل من زمان يتصور فيه ابتداء القبض. فعلى هذا لو كان المرهون منقولاً غائباً اعتبر مضي زمان يمكن المصير[٢] إليه ونقله، وهل يشترط مع ذلك نفس المصير[٣] إليه ومشاهدته؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ليتعين[٤] حصوله وثبوته[٥]. وهذا ظاهر النص.

وأصحهما: لا، ويكتفى بأن الأصل بقاؤه. واختلفوا في محل النص؛ منهم من جعله احتياطاً، ومنهم من حمله على ما إذا كان المرهون مما يتردد في بقائه في يده بأن كان حيواناً غير مأمون الانفلات[٦]. أما إذا تيقنه[٧] فلا حاجة إليه. ومن قال بهذا، جعله وجهاً ثالثاً فارقاً.

فإن شرطنا الحضور والمشاهدة، فهل يشترط النقل أيضاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لأن قبض المنقول به يحصل.

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٦٦): «قلت: قوله: قال حرملة. معناه: قال حرملة مذهباً لنفسه، لا نقلًا عن الشافعي. كذا صرّح به الشيخ أبو حامد وآخرون. وإنما نبهت على هذا لئلا يغترّ بعبارة صاحب «المهذب» فإنها صريحة أو كالصريحة في أن حرملة نقله عن الشافعي، فحصل أن المسألة ذات وجهين لا قولين. والله أعلم».

(٢) في (ز): (المسير فيه).

(٣) في (ز): (المسير).

(٤) في (هـ): (ليتيقن).

(٥) في (هـ): (ويثق به).

(٦) في (ز): (الآفات)، وفي (ط الفكر): (الانقلاب).

(٧) أي: تيقن بقاؤه.

والثاني ـ وهو[1] أصحهما، وقطع به طوائف من الأصحاب[2] ـ: أنه لا يشترط، لأن النقل إنما يعتبرُ ليخرج من يد المالك وهو خارج هاهنا.

وإذا شرطنا[3] وراء مضي المدة شيئاً، إما الحضور وحده أو مع النَّقْل، فهل يجوز أن يوكّل فيه؟ حكى الإمام فيه وجهين:

أصحهما: الجواز، كما في ابتداء القبض.

ووجه المنع: أن ابتداء القبض[4] ـ وهو النقل ـ وجد من الـمودع فليصدر[5] بثمنه[6] منه.

فرعان:

الأول: لو ذهب إلى موضع المرهون فوجده قد خرج من يده نظر: إن أذن له في القبض بعد العقد فله أخذه حيث وجده، وإن لم[7] يأذن له لم يأخذه حتى[8] يقبضه الراهن سواء شرطنا الإذن الجديد أو لم نشرطه. هكذا قاله أبو الفضل بن عبدان. وكأنه صوّره فيما إذا علم بخروجه من يده قبل العقد، أما إذا خرج بعده ولم نشترط الإذن الجديد، فقد جعلنا الرهنَ ممن في يده إذناً في القبض فليكن بمثابة ما لو استأنف إذناً.

---

(١) قوله: (الثاني وهو) سقط من (ز) و(هـ).

(٢) قوله: (من الأصحاب) سقط من (ز) و(هـ).

(٣) أي: النقل.

(٤) قوله: (ووجه المنع أن ابتداء القبض) سقط من (هـ).

(٥) أي: فَلْيُتِمَّهُ.

(٦) في (ز): (قيمته).

«نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٩٠-٩١).

(٧) سقط: (لم) من (هـ).

(٨) قوله: (يأخذه حتى) سقط من (ز).

الثاني: إذا رهن الأب مال الطفل من نفسه أو ماله من الطفل ففي اشتراط مُضِيّ زمانٍ يمكن فيه القبض وجهان كالوجهين في اشتراط لفظي الإيجاب والقبول، وقد ذكرناهما في البيع. إن شرطناه فهو كما لو رهن الوديعة من المودع فيعود الاختلاف المذكور. وَقَصْدُ الأب[1] قبضاً وإقباضاً نازلٌ منزلة الإذن الجديد هناك.

المسألة الثانية: إذا باع المالك الوديعة أو العارية ممن في يده، فهل يعتبر زمان إمكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان؟

فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ثم القول في اشتراط المشاهدة واشتراط النقل كما في الرهن والهبة.

والثاني: لا، لأن البيع يفيد الملك فلا معنى مع اجتماع الملك واليد لاعتبار شيء آخر. وهل يحتاج إلى الإذن في القبض تفريعاً على الوجه الأول؟ نُظِر: إن كان الثمن حالاً ولم يُوفِهِ لم يحصل القبض إلّا إذا أذن البائع فيه. فإن وفّاه أو كان مؤجلاً؛ فعن الشيخ أبي علي رواية طريق أنه كالرهن. والمشهور أنه لا يحتاج إليه.

والفرق: أن البيع يوجب القبض، فدوام اليد يقع عن القبض المستحق ولا استحقاق في الرهن.

ونعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب، فقوله: (قولان بالنقل والتخريج)، المشهور عند مثبتي القولين في العقدين أنهما حاصلان عن ضرب أحد[2] النصين بالآخر على ما هو سبيل النقل والتخريج. وروى ابن عبدان أنه نَصَّ في الهبة على قولين فعلى هذا؛ التصرف مخصوصٌ بالرهن.

---

(١) في (ط الفكر): (الآن).

(٢) في (هـ): (واحد).

وقوله: (لضعف الرهن)، أراد به ما ذكرنا من تقاعده عن إفادة الملك. وقوله: (ثم لا بد من مضي زمان)، معلم بالواو، لوجه حرملة. وقوله: (يمكن المسير). وقوله[١]: (لم يسر)، ينتظم فيهما السين والصاد. ولفظ الشافعي في «المختصر» الصاد، وقوله: (والأصح أنه لو باع من المودع) إلى آخره. يمكن حمله على الخلاف المذكور في أن مضي الزمان هل يعتبر؟ لكن الأقرب أنه أراد الخلاف المذكور في أن الإذن الجديد هل يعتبر؟ لأن إيراده في «الوسيط»[٢] مشعِرٌ به، وأيضاً: فإنه لو حِمل على الأول لكان[٣] اختياره على خلاف اختيار المُعْظم، لما ذكرنا أنهم اعتبروا الزمان. وعلى هذا فقوله: (بمجرد[٤] البيع). لم يرد به التجرد المطلق، وإنما أراد البيع المجرد عن الإذن الجديد. والله تعالى أعلم.

قال:

(ولو رهنَ من الغاصبِ لم يَبرأ (م ح ز) من ضمانِ الغَصب؛ كما لو تَعدّى في المرهون: يجتمعُ الضّمانُ والرَّهن. ولو أودعَ من الغاصبِ يبرأ. وفي براءتِه بالإجارةِ منه (و) وتوكيلِه بالبيعِ (و) وجهان، وكذلك في براءةِ المستَعير، وكذا لو صرَّحَ بإبراءِ الغاصبِ مع بقائِه في يدِه).

إذا رهن المالك ماله من[٥] الغاصب أو المستعير أو المستأجر[٦] أو الوكيل صح

---

(١) سقط من (ط الفكر) و(هـ).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٨٨).

(٣) في (ز): (كان).

(٤) في (ط الفكر) و(هـ): (مجرد).

(٥) في «الروضة»: (عند).

(٦) في (ز) و(هـ): (المستام).

الرهن. والقول في افتقار لزومه إلى مُضِيِّ زمانٍ يتأدى فيه القبض، وإلى إذنٍ جديد في القبض على ما ذكرنا في رهن الوديعة من المودع. ومنهم من قطع في الغصب بافتقاره إلى إذنٍ جديد، لأن يَده غيرُ صادرةٍ عن إذنِ المالكِ أصلاً.

ثم الرهن من الغاصب لا يبرئه عن ضمان الغصب وإن تم ولزم، خلافاً لأبي حنيفة[١]، وهو اختيار المزني. واحتج الأصحاب بأن الدوام أقوى من الابتداء. ودوام الرهن لا يمنع ابتداء الضمان. فإن المرتهن إذا تعدى في المرهون يصير ضامناً ويبقى الرهن بحاله، فلأَنْ لا يرفَعَ ابتداءُ الرهن دوامَ الضمان كان أولى.

إذا تقرر ذلك: فلو أن المرتهن أراد البراءة عن الضمان فليرده إلى الراهن، ثم له الاسترداد بحكم الرهن. ولو امتنع الراهن من قبضه فله أن يجبره عليه. قال الإمام: وفي كلام الشيخ أبي علي ما يدل على[٢] أن للراهن أن يجبره[٣] على رده ثم يرده هو عليه. ولكن القياس، وبه قال القاضي؛ أنه ليس له ذلك[٤]، إذ لا غرض له في تبرئة ذمة المرتهن[٥].

ولو أودع الغاصبُ المالَ المغصوبَ، هل يبرأ من الضمان؟ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يبرأ من الضمان كما[٦] في الرهن منه.

---

(١) قال في «رد المحتار» (٥/ ٤٧٧): «لو غصب عيناً لإنسان فأجاز المالك قبضه صح إجازته، وحينئذ يبرأ الغاصب عن الضمان. وإذا انتفع به ودام على الانتفاع كما لو غصب ثوباً فلبسه فإذا أمره بالحفظ لا يبرأ حتى ينزعه ويحفظه. أما لو نزعه قبل الأمر وحفظه، فأمره بالحفظ، فالظاهر أنه يبرأ بدوامه على الانتفاع بعد الأمر متعد بخلاف ما لو نزعه قبله».

(٢) قوله: (ما يدل على) سقط من (ز).

(٣) أي إجبار المرتهن.

(٤) وهو الأصح في «الروضة» (٤/ ٦٨).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٠٢).

(٦) في (ز): (لا يبرأ أيضاً كما).

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يبرأ[١]، لأن مقصود الإيداع الائتمان، والضمان والأمانة لا يجتمعان. ولهذا لو تعدى المودع في الوديعة ارتفعت الوديعة. ويخالف الرهن، لأن الغرض منه التوثيق إلّا أن الأمانة من مقتضاه، وهو مع الضمان قد يجتمعان على ما بينا.

ولو آجَر العين المغصوبة منه، فوجهان مرتبان على الإيداع. والإجارة أولى أن لا تفيد البراءة وهو الظاهر، لأنه ليس الغرض منها الائتمان بخلاف الوديعة.

ولو وكله ببيع العبد المغصوب أو إعتاقه فوجهان مرتبان على الإجارة. وأولى بعدم إفادة البراءة. لأن في عقد[٢] الإجارة تسليطاً على القبض والإمساك، والتوكيل بخلافه.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب[٣]: (وجهان في مسألتي الإجارة والتوكيل)[٤]، بالواو، للطريقة القاطعة بالمنع المتولدة من ترتيب الخلاف على الخلاف، وإليها أشار الأكثرون.

وفي معنى الإجارة والتوكيل: ما إذا قارضه على المال المغصوب أو كانت جارية فزوجها منه.

ولو صرح بإبراء الغاصب عن ضمان الغصب والمالُ باقٍ في يده، ففي براءتِه وصيرورةِ يدهِ يدَ أمانة وجهان مبنيان على القولين في الإبراء عما لم يجب ووجدَ سبب وجوبه لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف. والظاهر: عدم حصول البراءة[٥].

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٨٨).

(٢) في (ز): (ضمن)، وفي (هـ): (ضمان).

(٣) قوله: (في الكتاب) سقط من (ز) و(هـ).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٨٩).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٦٨): «قلت: قطع صاحب «الحاوي» بأنه يبرأ. وصححه البغوي. قال صاحب «الشامل» و«المهذب»: هو ظاهر النص. والله أعلم».

وربما استشهد من قال بعدم البراءة في الصورة السابقة بهذه الصورة، فقال: إنشاء عقود الأمانات ليس بآكد من التصريح بالإبراء. فإذا لم تحصل البراءة به فتلك العقود أولى.

وأما قوله: (وكذا في براءة المستعير)، فصورته ما إذا رهن المعير العارية من[1] المستعير ولزم الرهن كما سبق، ففي البراءة عن ضمان العارية وجهان عن حكاية صاحب «التقريب»: **أصحهما**: أنه لا يبرأ كما لا يبرأ عن ضمان الغصب.

والثاني: يبرأ، لأن ضمان العارية أخف أمراً من ضمان الغصب، لأن اليد فيها مستندة إلى رضا المالك. ورهن المقبوض على سبيل السوم والشراء الفاسد من المستام[2] والمشتري كرهن العارية من المستعير[3].

قال رحمه الله:

(أما الطوارئُ قبلَ القَبض: فكلُّ ما يزيلُ الملكَ فهو رجوع، والتَّزويجُ ليسَ برجوع، وإجارتُه رجوع. (و) إن قلنا: إنها تمنعُ من البَيع، والتَّدبيرُ رجوعٌ على النَّصّ، وعلى التَّخريج: لا[4]).

---

(١) أي عند.

(٢) أي عند قابضه.

(٣) أي لا يبرأ على الأصح. قال في «الروضة» (٤/ ٦٩): «قلت: قال صاحب «الشامل»: إذا رهن العارية عند المستعير لم يزل ضمانها وكان له الاكتفاء بها. فإن منعه الانتفاع ففي زوال الضمان وجهان: أحدهما: لا تبطل وله الاكتفاء. فعلى هذا بقي الضمان. والثاني: تبطل العارية وليس له الاكتفاء ويسقط الضمان. والله أعلم».

(٤) في (ز): (ليس برجوع).

القسم الثاني: الطوارئ قبل القبض: القول في الطوارئ التي يتأثر العقد بطروّها قبل القبض، وهي ثلاثة أنواع:

الأول: ما ينشِئه الراهنُ من التصرفات، وكل ما يزيل الملك كالبيع والإعتاق والإصداق[١] وجعله أجرة في إجارة، فإذا وجد قبل القبض فهو رجوع عن الرهن.

وفي معناه[٢]: الرهن والهبة من غيره مع القبض، وكتابةُ العبد ووطء الجارية مع الإحبال. والوطء من غير إحبال ليس برجوع. وكذا التزوج؛ إذ لا تعلّق له بمورد الرهن، بل رهن المزوَّجة ابتداءً جائز.

وأما الإجارة؛ إن قلنا: إن رهن المكرِي وبيعه جائز فهو كالتزويج، وإلّا فهي رجوع.

وحكى الإمام وجهاً آخر: أنها ليست برجوع بحال كما لو دبر العبد المرهون، فالنص[٣]: أنه[٤] رجوع[٥].

وخرَّج الربيع قولاً: أنه ليس برجوع، ولهما[٦] مأخذان:

أحدهما: البناء على النص والتخريج في رهن المدبَّر.

---

(١) أي جعل المرهون صداقاً.

(٢) في (ز) و(هـ): (معناها).

(٣) في (ط الفكر): (والنص).

(٤) أي: التدبير.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٨١). وقال في «الروضة» (٤/ ٦٩ - ٧٠): «قلت: قال أصحابنا العراقيون وصاحب «التتمة»: إن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعاً قطعاً، وإلّا فعلى الخلاف والبناء المذكور. والأصح على الجملة: أنها ليست رجوعاً مُطْلَقاً. ونص عليه في «الأم» وقطع به الشيخ أبو حامد والبغوي. والله أعلم».

(٦) في (ط الفكر): (ولهذا)، وفي (هـ): (ولها).

والثاني: توجيه التخريج بإمكان الرجوع عن التدبير. وتوجيه النصّ وهو الأظْهَر بمنافاة مقصود التدبير لمقصود الرهن وإشعاره بالرجوع.

ولا يخفى عليك بعد معرفة هذه الصور أن قوله في الكتاب: (وما لا يزيل والتزويج[١] ليس برجوع[٢])، غير معمول به على إطلاقه، وأن قوله: (وإجارته رجوع[٣])، يجوز إعلامه بالواو. والله تعالى أعلم.

قال:

(والنَّصّ: أنه ينفسخُ بموتِ الرّاهن، ولا ينفسخُ بموتِ المرتَهن. فقيل: قولان بالنَّقلِ والتَّخريج؛ لتردُّدِ الرَّهنِ بينَ البيعِ الجائزِ والوكالة. وقيلَ بالفَرق؛ لأن ركنَ الرَّهنِ من جانبِ الراهنِ العَيْن، وهو متعلَّقُ حقِّ الورثةِ والغُرماء. وركنُه من جانبِ المرتهَن: دينه، وهو باقٍ بحالِه بعدَ وفاتِه. والأظهَر: أنه لا ينفسخُ بجنونِ العاقدَين، وبالحجرِ عليهما بالتَّبذير).

النوع الثاني: ما يعرض للمتعاقدين[٤] من[٥] الحالات، وفيه ثلاث صور:

إحداها: نص في «المختصر» أن الرهن لا يبطل بموت المرتهن قبل القبض.

ونقل نص: أنه يبطل بموت الراهن.

---

(١) في الأصل: (كالتزويج).

(٢) قوله: (ليس برجوع) سقط من (هـ).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٩٠).

(٤) في (ز): (في المتعاقدين)، وفي (هـ): (من المتعاقدين).

(٥) في (هـ): (في).

وفيهما طرق:

أظهرهَا: أن في موتهما قولين نقلاً وتخريجاً:

أحدهما: أنه يبطل بموت كل واحد منهما لأنه عقد جائز، والعقود الجائزة ترتفع بموت العاقدين كالوكالة.

وأصحهما: أنه لا يبطل، لأن مصيره إلى اللزوم فلا يتأثر بموتهما، كالبيع في زمان الخيار.

والثاني: تقرير النصين، وبه قال أبو إسحاق[1]، وفرقوا بأن المرهون بعد موت الراهن ملك الورثة ومتعلَّقُ حقِ الغرماءِ إن كان له غريم آخر. وفي إبقاء[2] الرهن إضرار بهم، وفي صورة موت المرتهن يبقى الدين كما كان. وإنما ينتقل الاستحقاق فيه إلى الورثة وهم محتاجون إلى الوثيقة حاجة مورّثهم.

والثالث: القطع بعدم البطلان سواء مات الراهن أو المرتهن. وبه قال القاضي أبو حامد. ومن قال بهذا أوَّل ما نقل في موت الراهن. وإذا أبقينا الرهن قام ورثة الراهن مقامه في الإقباض، وورثة المرتهن مقامه في القبض.

ووراء هذا في المسألة شيئان:

أحدهما: اختلف المثبتون للقولين في موضعهما. فقال ابن أبي هريرة: موضع القولين رهن التبرع، فأما الرهن المشروط في البيع فإنه لا يبطل بالموت قطعاً لتأكده بالشرط، واقترانه بالبيع اللازم، فلا يبعد أن يكتسب منه صفة اللزوم. وقال أبو الطيب بن سلمة: القولان جاريان في النوعين وهو المشهور، وسواء قلنا بالبطلان، أو قلنا إنه لا يبطل، ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط فيثبت الخيار في البيع.

---

(١) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ٨٩).

(٢) في (ط الفكر) و(هـ): (استيفاء)، وفي (ز): (استبقاء).

والثاني: لك أن تستخرج الخلاف في طرف موتِ الراهن من أصلٍ سيأتي، وهو أن التركة التي تعلقت بها الديونُ حكمُها حكم المرهون أم لا؟ إن قلنا: نعم، فقد أخذ جميع التركة حكم المرهون[١] ولغا العقد السابق، وإن قلنا: لا، بقي الرهن لظهور فائدته.

ويجوز أن يعكس فيقال: إن قلنا: يأخذ حكم المرهون بقي الرهن لتأكده بما عرض. وإن قلنا: لا، لغا العقد السابق كي لا يتضرر الورثة.

الصورة الثانية: لو جن أحد المتعاقدين أو أغمي عليه قبل القبض، ترتب ذلك على الموت؛ إن قلنا: لا يؤثر الموتُ فالجنون أولى، وإن قلنا: يؤثر ففي الجنون وجهان. فإذا قلنا: لا يبطل الرهن؛ فإن جن المرتهن قبَضَ الرهنَ مَن ينصبه القاضي قيِّماً في ماله، فإن لم يُقْبِضه[٢] الراهن وكان الرهن مشروطاً في بيعٍ فعل ما فيه الحظ[٣] من الفسخ والإجازة. وإن جن الراهن[٤] فإن كان الرهن مشروطاً في بيعٍ وخاف القيم فسخ المرتهن لو لم يسلمه والحظ في الإمضاء، سلمه، وإن لم يخف أو كان الحظ في الفسخ؛ لم يسلمه. وكذا لو كان الرهن رهن تبرع. هكذا أطلقوه، وهو محمول على ما إذا لم تكن ضرورةً ولا غبطةً لأنهما يُجَوِّزَان رهن مال المجنون ابتداءً، فالاستدامة أولى.

[**الصورة**][٥] **الثالثة**: لو طرأ الحجْر على أحدهما لِسَفَهٍ أو فَـلَسٍ فهو كما لو طرأ الجنون[٦]، لكن الخلاف فيه بالترتيب، لأن السفه لا يوجب سقوط العبارة رأساً، والجنون يوجبه.

---

(١) من قوله: (أم لا) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) أي: فإن لم يسلمه الرهن.

(٣) أي: المصلحة.

(٤) قوله: (وإن جن الراهن) سقط من (ز).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من المحقق لمزيد الإيضاح هنا وفي المواضع كلّها ما لم يُنبّه على خلاف ذلك في موضعه فليُعلم. (م ع).

(٦) أي: لم يبطل على المذهب.

قال:

(وفي انفساخِه بانقلابِ العصيرِ خمراً، وبإباقِ[1] العبدِ وجنايتِه وجهانِ (و) أيضاً. ولا يجوزُ إقباضُه وهو خَمر. فلو انقلبَ خمراً بعدَ القبضِ خرجَ عن كونِه مرهوناً، (و) فإذا عادَ خلًّا عادَ مرهوناً (و)).

النوع الثالث: ما يعرض في المرهون وفيه صور:

إحداها: أنه لو رهن عصيراً وأقبضه فانقلب في يد المرتهن خمراً، فلا نقول: إنها مرهونة. وللأصحاب عبارتان:

قالت شرذمةٌ: يُتوقف ؛ إن عاد خلًّا بانَ أن الرهن لم يبطل، وإلّا بان أنه بطل.

وقال الجمهور: يبطل الرهن لخروجه عن كونه مالاً ولا خيار للمرتهن إن كان الرهن مشروطاً في بيع لحدوثه في يده، ثم إذا عاد خلاً يعود الرهن كما يعود الملك.

وحكى القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة أنه يجيء فيه قولٌ آخر: أنه لا يعود الرهن إلّا بعقد جديد. وادعى أنه مذهب أبي حنيفة[2]، وكأن هذا النقل لم يبلغ القاضي الحسين، فقال على سبيل الاحتمال: يجوز أن يجعل[3] هذا على قياس عود الخبث، ويخرج فيه مثل ذلك الخلاف.

والمذهب: الأول، وهو عود الرهن.

---

(١) في (هـ): (أو بإباق).

(٢) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٩٧): «ولو رهن شيئاً بثمن خل فظهر الخل خمراً فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً وهو كافٍ لأنه آكد من الدين الموعود».

(٣) في (هـ): (يحصل).

وتبين بذلك أنهم[١] لم يريدوا ببطلان الرهن اضمحلال أثره بالكلية، وإنما أرادوا ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية.

ولو رهن شاةً فماتت في يد المرتهن فدبغَ جلدَها فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن خيران، واختاره القاضي الروياني ـ: أنه يعود الرهن كما لو انقلبت الخمر خلاً.

وأظهرهما ـ عند الأكثرين ـ: لا يعود، لأن ماليته مجلوبة بالصنعة والمعالجة، وليس العائد ذلك الملك.

ولو انقلب العصير المرهون خمراً قبل القبض ففي بطلان الرهن البطلان الكلي وجهان:

أحدهما: نعم، لاختلال المحل في حال ضعف الرهن وجوازه[٢].

والثاني: لا، كما لو تخمر بعد القبض، وقضية[٣] إيراد الأئمة: ترجيح هذا[٤] الوجه، لأنهم قرّبُوا[٥] هذا الخلاف من الخلاف في صورة عروضِ الجنون أو بنوه عليه، فقالوا: إن ألحقنا الرهن بالوكالة بطل بعروض الجنون وانقلابه خمراً قبل القبض، وإن ألحقناه بالبيع الجائز، لم يبطل[٦]، وقد مر أن الثاني أظهر.

---

(١) في (هـ): (لهم أنهم).

(٢) أي: في عدم لزومه.

(٣) في (ط الفكر): (قبضه).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٧١): «قلت: قد قطع صاحب «الشامل» و«البيان» بالأول ولكن الثاني أصح. وصححه في «المحرر». والله أعلم».

(٥) في (ط الفكر): (قرنوا).

(٦) قوله: (لم يبطل) سقط من (هـ).

قال في «التهذيب»: وعلى الوجهين لو كان الرهن مشروطاً في بيع ثبت للمرتهن الخيار؛ لأن الخل أَنْقَصُ من العصير. ولا يصح الإقباض في حال الشدة[1]، ولو فعل وعاد خلًّا، فعلى الوجه الثاني لا بد من استئناف قبض. وعلى الأول، لا بد من استئناف عقد. ثم القبض فيه على ما ذكرنا فيما إذا رهن من الإنسان ما في يده[2].

فرع:

إذا انقلب المبيع خمراً قبل القبض، فالكلام في انقطاع البيع وفي عوده إذا عاد خلاً على ما ذكرنا في انقلاب العصير المرهون خمراً بعد القبض[3][4].

الصورة الثانية: إذا جنى العبد المرهون قبل القبض وتعلق الأرش برَقبته، وقلنا: رهن الجاني ابتداءً فاسد؛ فعن الشيخ أبي علي أن في بطلان الرهن وجهين، إلحاقاً للجناية بتخمير العصير. والجامعُ: عروضُ الحالة المانعة من ابتداء الرهن قبل استحكام العقد. وهذه الصورة أولى أن لا يبطل الرهن فيها، لدوام الملك في الجاني بخلاف الخمر.

[الصورة] الثالثة: إذا أبق العبد المرهونُ قبل القبض؛ قال الإمام: يلزم على

---

(١) أي: في حال الخمريّة.

(٢) في (ط الفكر): (على ما ذكرنا في انقلاب العصير المرهون خمراً قبل القبض)، ومثله في (هـ) إلاّ لفظ: (بعد) بدل: (قبل) وما أثبتناه من (ز) يوافق عبارة «الروضة». والظاهر أن عبارة (ط الفكر) و(هـ) تقدمت قبل سطرين واختلطت. ولذا أسقطتها من هنا.
«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي (٤/ ٤٤).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٧١ - ٧٢): «قلت: هذا هو المذهب، وبه قال الأكثرون، وقطع جماعة من العراقيين منهم صاحب «الشامل» بأنه يبطل البيع، وفرّقوا بينه وبين الرهن بعد القبض بأن الرهن عاد تبعاً لمالك الراهن. وهنا يعود ملك البائع لعدم البيع. ولا يصح أن يبيع ملك المشتري. والله أعلم».

(٤) من قوله: (فرع) إلى هنا سقط من (هـ).

مساق ما سبق تخريج وجهين[١] فيه، لانتهاء المرهون إلى حالةٍ يمنع ابتداء الرهن فيها[٢].

وقوله في الكتاب: (وجنايته وجهان)، يجوز إعلامه بالواو لأن الخلاف في صورة الجناية يتفرع على منع رهن الجاني. أما إذا جوّزناه فلا يتأتى هذا الخلاف بحال[٣]. وقوله: (عاد مرهوناً) معلم بالواو لما قدمناه.

قال:

(والتَّخليلُ بإلقاءِ الملحِ فيه (ح) حَرامٌ (م) لحديثِ أبي طلحة، وبالإمساكِ غيرُ محرَّم. وكذا بالنَّقلِ من ظلٍّ إلى شمس؛ على الأصحّ).

أشار في «المختصر» إلى منع التخليل في هذا الموضع. وتأسى به أكثرُ الأصحاب، فذكروا مسائله هاهنا. وأول ما ينبغي أن يعرَف؛ أن الخمر قسمان:

خمرٌ محترمة: وهي التي اتخذ عصيرها لتصير خلاً. وإنما كانت محترمة لأن اتخاذ الخل جائز بالإجماع. ولن ينقلبَ العصيرُ إلى الحموضة إلّا بتوسط الشدة، فلو لم تُحتَرمْ وأريقت في تلك الحالة، لتعذر إيجاد[٤] الخل.

وخمرٌ غيرُ محترمة: وهي التي اتخذ عصيرها لِغرض الخَمْرِيَّةِ.

وفي كل واحد من القسمين ثلاث مسائل:

إحداها: تخليل الخمر بطرح العصير [أو الملح][٥] أو الخل أو الخبز الحار أو غيرها

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٧٢): «قلت: أصحهما لا يبطل، وصححه في «المحرر». والله أعلم».

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٥٤).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٢٤).

(٤) في (ز): (اتخاذ).

(٥) ما بين المعكوفتين من «الروضة»: (٤/ ٧٢).

فيها حَرامٌ، والخل الحاصل نجسٌ. وبه قال أحمد[١] خلافاً لأبي حنيفة[٢].

وعن مالك[٣] روايتان، إحداهما: كمذهبنا، والأخرى: أنه يكره، ولكن لو فعل جاز.

لنا: ما روي عن أنس، قال: سئل رسول الله ﷺ: «أنتخذ الخمرَ خلاً؟» قال: «لا»[٤]، وروي أن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ فقال: «عندي خمور لأيتام»، فقال: «أَرِقْهَا». فقال: «أفأخللها؟» قال: «لا»[٥].

وإذا حرم التخليل كان الخل الحاصل نجساً، لأن الفعل الحرام لا يُستباح به العين[٦] المحظورةُ كاصطياد المحرم، وأيضاً: فإن المطروحَ في الخمر ينجس بملاقاتها، وتستمر نجاستها. إذ لا مزيل لها ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابه طاهراً بخلاف

---

(١) قال ابن قدامة في «المقنع» ص١٩ - ٢٥: «ولا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة إلّا الخمرة، إذا انقلبت بنفسها، فإن خللت لم تطهر. وقيل: تطهر».

(٢) «رد المحتار» (٥/ ٢٩٠)، وفي (ز): (لأحمد) وتصح نسبته إلى أحمد في قول ضعيف كما ذكرناه في «المقنع».

(٣) قلت: إذا خلل الخمر بنفسه أو بفعل فاعل يطهر، ويجوز بيعه باتفاق المالكية كما في «جواهر الإكليل» (١/ ٩) و(٢/ ١٩). وقال الدسوقي في حاشيته (١/ ٥٢): «اختلفوا في تخليلها فقيل بالحرمة لوجوب إراقتها، وقيل بالكراهة، وقيل بالإباحة، وعلى كل يطهر بعد التخليل».

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٧٣)، برقم (١٩٨٣)، في الأشربة، باب تحريم تخليل الخمر، عن أنس بلفظ أن النبي ﷺ سئل عن الخمر تُتَّخَذُ خلاً؟ فقال: «لا».

(٥) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٢٦٠)، برقم (٣٥٨٢)، في الأشربة، باب في الخمر تخلّل، عن أنس أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورِثوُا خمراً. قال: «أهرِقْها». قال: «أفلا أجعَلُها خلاً؟» قال: «لا»، وسكت عليه. وقال المنذري: «وأخرجه مسلم والترمذي» وسبق لفظ مسلم. وأخرجه الترمذي (٣/ ٢٥٨٨)، برقم (١٢٩٣)، في البيوع، باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك، قال أبو طلحة: «يا نبي الله! إني اشتريت خمراً لأيتام في حجري». قال: «أهرِقِ الخمرَ واكْسِرِ الدِّنَانَ». والدَّنُّ: كهيئة الجرة إلّا أنه أطول منه وأوسع رأساً، «المصباح المنير»، مادة: دنن.

(٦) في (هـ): (النجس).

أجْزاء[١] الدَّنِّ. ولا فرق في هذه المسألة بين المحترمة وغيرها. وحكى الإمام عن بعض الأصحاب جواز تخليل المحترمة، لأنها غير مستحقة للإراقة[٢]. والمذهب: الأول. وفي حديث أبي طلحة كانت تلك الخمور محترمة، لأنها كانت مباحة متخذة قبل ورود التحريم.

وهل يفرق بين الطرح بالقصد، وبين أن يتفق بغير قصد كطرح الريح؟ فيه اختلاف للأصحاب مبني على أن المعنى تحريم التخليل أو نجاسة المطروح فيه؟ والأظهر: أن لا فرق. هذا إذا كان الطرح في حالة التخمير.

أما إذا طَرَحَ في العصير بصلاً أو ملحاً، واستعجل به الحموضة بعد الاشتداد؛ فوجهان:

أحدهما: أنه إذا تخلل كان طاهراً، لأن ما لاقاه إنما لاقاه قبل التخمير فطهر بطهارته كأجزاء الدن.

والثاني: لا، لأن المطروح فيه ينجس عند التخمير وتستمر نجاسته بخلاف أجزاء الدن للضرورة. قال في «التهذيب»: وهذا أصح[٣].

ولو طرح العصير على الخل، وكان العصير غالباً ينغمر الخل فيه عند الاشتداد، فهل يطهر إذا انقلب خلاً؟ فيه هذان الوجهان. ولو كان الغالب الخل، وكان يمنع العصير من الاشتداد فلا بأس.

المسألة الثانية: إمساك الخمر المحترمة إلى أن تصير خلاً جائزٌ، والتي لا تُحتَرم

---

(١) في (ط الفكر) و(هـ): (أخر).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٥٨).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٤٤).

تجب إراقتها، لكن لو لم يرقها حتى تخللت فهي طاهرة أيضاً. لأن النجاسة والتحريم إنما ثبتا للشدة، وقد زالت. هذا ما به الفتوى.

وحكى الإمام عن بعض الخلافيين: أنه لا يجوز إمساك الخمرة المحترمة، بل يُعْرِضُ(١) عن العصير إلى أن يصير خلًا. فإن اتفقت منا اطلاعةٌ وهو خمر أرقناه(٢). وذكر الحناطي وجهاً أنه لو أمسك التي لا تحترم حتى تخللت لم تحل ولم تطهر. لأن إمساكها حرام فلا يستفاد به نعمة. ومتى عادت الطهارة بالتخلل فتطهر أجزاء الظرف أيضاً للضرورة. وفي «البيان» أن الداركي قال: إن كان الظرف بحيث لا يتشرب شيئاً من الخمر كالقوارير طَهُرَ، وإن كان مما يتشرب لم يطهر(٣). والمذهب: الأول.

وكما يطهر ما يلاقي الخل بعد التخليل، يطهر ما فوقه الذي أصابته الخمر في حالة الغليان. ذكره القاضي الحسين وأبو الربيع الإيلاقي(٤).

[**المسألة**](٥) **الثالثة**: لو كان ينقلها من الظل إلى الشمس أو يفتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالاً للحموضة فوجهان:

أحدهما: لا تطهر، كما لو طرح فيها شيئاً. وبهذا قال أبو سهل الصعلوكي.

---

(١) في (ز) و(هـ): (يضرب).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٥٨).

(٣) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» للعمراني (١/ ٤٢٧).

(٤) هو أبو الربيع طاهر بن عبد الله الإيلاقي التركي الشافعي المتوفى سنة (٤٦٥هـ)، تفقه على القفال والحليمي والزيادي، وأخذ الأصول عن الأستاذ أبي إسحاق، وكان من أصحاب الوجوه، وإيلاق ناحية من بلاد الشام. انظر: «تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ٢٣٠ - ٢٣١)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٧٣)، و«طبقات الشافعية» للإسنوي برقم (٤٢).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة للتوضيح.

وأصحهما: أنه يطهر، لزوال الشدة من غير نجاسة تخلفها. وهذا في غير المحترمة. وفي المحترمة أولى بالجواز.

واعلم أنه ليس في لفظ الكتاب تعرض لانقسام الخمر إلى محترمة وغيرها. وقوله: (والتخليل بإلقاء الملح فيه حرام)، يمكن إجراؤه فيه على إطلاقه على ما بيناه. وأعلم بالواو، للوجه المنقول في المحترمة. وكذا في مسألة النقل من الظل إلى الشمس يمكن إجراؤها على إطلاقها.

وأما قوله: (والإمساك غير حرام)، فلا يمكن إجراؤه على إطلاقه[1] لأن الإمساك حرام في غير المحترمة، والإراقة واجبة. والكلام في أنه لو اتفق الإمساك وتخللت هل تطهر؟ هذا هو المشهور. والذي في طريقة الصيدلاني مِنْ تجويز الإمساك على قصد أن يصير خلاً وعدم وجوب الإراقة فهو مما يستغرب، فإذاً هو مخصوص بالـمحترمة لكنه غير مستحسن من جهة النظـم، لأنه على خلافِ ما قبله وما[2] بعده، وليس في اللفظ ما يدل عليه.

فرع عن الشيخ أبي علي:

ذكر تردد في بيع الخمرة المحترمة بناءً على التردد في طهارتها، وقد حكيناه في باب النجاسات.

والعناقيد إذا استحالت أجواف حباتها خمراً؛ فعن القاضي وغيره ذكر وجهين في جواز بيعها، اعتماداً على طهارة ظاهِرِها في الحال، وتوقُّعِ فائدتِها في المآل، وطرَّدوهما في البيضة المستحيل باطنها دماً، والمذهب: المنع.

---

(١) من قوله: (وأعلم بالواو) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) قوله: (ما قبله وما) سقط من (هـ).

قال رحمه الله:

(البابُ الثالث: في حكمِ المرهونِ بعدَ القَبض

وهو وثيقةٌ لدينِ المرتهَنِ في عينِ الرَّهن تمنعُ الرَّاهنَ من كلِّ ما يقدحُ فيه. والنظر في أطراف ثلاثة:

الأول: جانبِ الرّاهن: وهو ممنوعٌ مِن كلِّ تصرُّفٍ قوليٍّ يُزيلُ الـمُلك؛ كالبيعِ والهبة أو يزاحمُ حقَّه؛ كالرَّهنِ من غيرِه. أو يُنْقص؛ كالتَّزويج. أو يقلِّلُ الرَّغبة؛ كالإجارةِ التي لا تنقَضي مدَّتُها قبلَ حلولِ الدَّين[1] (و).).

صَدْر الباب يشير إلى مقدمة مرشدة إلى ضبط الأطراف التي يتضمنها، وإلى جهة اقتضاء الرهن[2] لها، وهي أن الرهن وثيقة لدين المرتهن في عين الرهن أو بدله، وإنما تحصل الوثيقة بالـحجر على[3] الراهن وقطع سلطة كانت له ليتحرك للأداء. وتجدد[4] سلطة[5] للمرتهن لم يكن ليتوسل بها إلى الاستيفاء. ثم هذه الوثيقة ليست دائمة بل لها غاية ينتهي عندها.

وكلام الباب فيما ينقطع من سلطة الراهن، وفيما يحدث من سلطة المرتهن، وفي غاية الرهن، فهي ثلاثة أطراف.

---

(١) في (ز): (الأجل).

(٢) في (ط الفكر) و(هـ): (الدين).

(٣) في (ط الفكر) و(هـ): (عن).

(٤) في (ز): (وبتجديد)، وفي (هـ): (أو تتجدد).

(٥) في (هـ): (سلطته).

والذي يشتمل عليه الفصل من الطرف الأول: أن الراهن يمنع من كل تصرف يزيل الملك، وينقل[١] المال إلى الغير كالبيع والهبة ونحوهما، لأنا لو صححناها لفاتت الوثيقة. ويمنع أيضاً مما يزاحم المرتهن في مقصود الرهن، وهو الرهن من غيره، ومن كل تصرف يُنْقِص المرهون ويقلل الرغبة فيه كالتزويج[٢]. فإن الرغبة في الجارية الخلية[٣] فوق الرغبة في المزوَّجة.

وعند أبي حنيفة[٤]: يجوز التزويج.

وأما الإجارة فينظَر: فإن كان الدين حالاًّ أو كان مؤجلاً لكنه يحل قبل انقضاء مدة الإجارة، فعن بعض الأصحاب فيما رواه ابن القطان: بناء صحة الإجارة على القولين في جواز بيع المستأجر؛ إن جوزناه صحّت الإجارة، وإلّا فالمشهور[٥] بطلانها قطعاً، أما إذا لم نجوز بيع المستأجَر، فظاهرٌ، وأما إذا جوَّزناه، فلأن الإجارة تبقى وإن صحَّ البيعُ وذلك مما يقلل الرغبة.

ثم القائلون بالمنع لم يفصل الجمهور منهم، وقال في «التتمة»: يبطل في الأجل[٦]، وفي الزائد على الأجل قولا تفريق الصفقة، وإن كان الأجل يحل مع انقضاء مدة الإجارة أو بعدها صحت الإجارة، ثم لو اتفق حلول الدين قبل انقضائها بموت الراهن فوجهان:

---

(١) سقط من (هـ).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٧٤): «قلت: فلو خالف فزَوَّجَ العَبد أو الأمة المرهونين فالنكاح باطل. صرّح به القاضي أبو الطيّب. لأنه ممنوع منه، وقياساً على البيع. والله أعلم».

(٣) خَلَتِ المرأةُ من مانع النكاح خُلُوّاً فهي خَلِيَّةٌ. «المصباح المنير»، مادة: خلى.

(٤) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٤).

(٥) في (ز) و(هـ): (وإلّا فلا والمشهور).

(٦) في (ز): (قدر الأجل)، وفي (هـ): (قول الأجل).

أحدهما: أنه تنفسخ الإجارة، رعاية لحق المرتهن، فإنه أسبق، ويضارب المستأجر بالأجرة المدفوعة مع الغرماء.

والثاني ـ وهو اختيار أبي الحسين ـ: أن المرتهن يصبر إلى انقضاء مدة الإجارة، كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة، لتستوفي المعتدة حق السكنى، جمعاً بين الحقين. وعلى هذا فيضارب المرتهن بدينه مع الغرماء في الحال. ثم إذا انقضت المدة، وبِيعَ المرهون قضى باقي دينه، فإن فَضَلَ شيء فهو للغرماء. وهذا كله فيما إذا آجَر المرهون من غير المرتهن.

أما إذا آجَره منه فيجوز ولا يبطل به الرهن. وكذا لو كان مكرى[1] منه ثم رهنه منه يجوز. فلو كانت الإجارة قبل تسليم الرهن ثم سلمه عنهما جميعاً جاز. ولو سلم عن الرهن وقع عنهما جميعاً، لأن القبض في الإجارة مستحق. كذا قاله في «التهذيب»[2]. ولو سلمه[3] عن الإجارة لم يحصل قبض الرهن.

وعند أبي حنيفة[4]: الرهن والإجارة لا يجتمعان، والمتأخر منهما يرفع المتقدم ويبطله.

لنا: أن الإعارة[5] من المرتهن لا تبطل الرهن، فكذا الإجارة.

---

(١) في (هـ): (مستأجره).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٩).

(٣) في (ز): (سلم).

(٤) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٨٧ - ٥٨٨): «ليس للمرتهن الانتفاع بإجارة أو إعارة إذا لم يكن له الانتفاع بنفسه فلا يكون مالكاً لتسليط الغير إلّا بإذن الراهن، ويصير المرتهن بالانتفاع قبل الإذن متعدياً، ولا يبطل بالتعدي الرهن لبقاءِ العقد قبل استيفاء الدين».

(٥) في (هـ): (الإجارة).

وقوله في الكتاب: (كل تصرف قولي[١])، أفهم بالقولي أن ما يمنع منه الراهن من التصرفات بعضها قولي، وبعضها ليس بقولي، فإنه قدم التصرفات القولية ثم تعرض لغيرها كالوطء.

ويجوز إعلام قوله: (كالإجارة التي لا تنقضي مدتها قبل حلول الدين)، بالواو، للطريقة التي قدمناها، وفي هذه اللفظة شيء، فإن الإجارة التي لا تنقضي مدتها قبل حلول الدين[٢] تارة تنقضي مدتها بعد حلول الدين، وتارة معه. والثانية صحيحة فكان الأولى أن يقول: كالإجارة التي لا تنقضي مدتها بعد حلول الدين.

واعلم أن ما قدمناه من منع الراهن من البيع ونحوه من التصرفات والحكم بإبطالها هو المذهب الجديد، وعلى القديم الذي يجوِّز وقفَ العقود، تكون هذه التصرفات موقوفة على الانفكاك[٣] وعدمه، ومالَ الإمام إلى شيء آخر وهو تخريجها على الخلاف في بيع المفلس ماله[٤]، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

قال:

(وفي الإعتاقِ (ح) ثلاثةُ أقوال، يفرَّق في الثالثِ بينَ الموسرِ والمُعسِر. فإن نفّذناه غرّمناه[٥]، وإن لم ينفُذ؛ فالأقيَس[٦]: أن يعودَ العتقُ

---

(١) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٤٩٦).

(٢) في (ز): (الأجل).

(٣) في (هـ): (الفكاك).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١١٣).

(٥) في (ز) و(هـ): (غرمنا).

(٦) في (ز): (فالأصح).

إن اتفِقَ فكاكُ[1] الرَّهن. وحكمُ التَّعليقِ معَ الصِّفةِ في دوامِ الرَّهن؛ حكمُ الإنشاء، فإن وُجِدَتِ الصِّفةُ بعدَ فكاكِ الرَّهن: نفَذ؛ على الأصحّ).

الفصل يتضمن مسألتين، مسألة في إعتاق الراهن العبد المرهون منجزاً، ومسألة في تعليق[2] إعتاقه.

أما الأولى: فالمنقول عن القديم و«مختصر المزني»: الجزم بأنه لا ينفذ إن كان الراهن معسراً. وقولان إن كان موسراً.

وعن الجديد: الجزم بنفوذه إن كان موسراً، وإن كان معسراً فقولان.

فإذا ضرب البعض بالبعض[3] خرجت ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا ينفذ بحال، لأن الرهن عقد لازم حجر به[4] الراهن على نفسه فلا يتمكن من إبطاله مع بقاء الدين.

والثاني: ينفذ، لأنه إعتاق صادف الملك فأشبه إعتاق المستأجَر والزوجة، وبه قال أبو حنيفة[5] وأحمد[6]، إلّا أن أبا حنيفة يقول: يُستسعى العبد في قيمته إن كان الراهن معسراً.

---

(١) في (هـ): (انفكاك).

(٢) قدَّمه على: (في) في (ز).

(٣) في (ز): (في البعض).

(٤) أخره إلى ما بعد قوله: (نفسه) في (ز).

(٥) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٤ – ٦٠٥): «صح عتق الراهن الرهن، فإن كان الراهن موسراً طولب بدينه إن كان حالاً وأخذ المرتهنُ من الراهن قيمة العبد فجعلت القيمة رهناً مكانه لو كان الدين مؤجلاً. وإن كان الراهن معسراً سعى العبد المعتق في الأقل من قيمته ـ ومن الدين ـ أي إن كانت القيمة أقل سعى العبد في القيمة، وإن كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين».

(٦) قال في «المغني» (٤/ ٣٩٩): «ليس للراهن عتق الرهن، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة، فإن اعتق نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً، نص عليه أحمد. وفي رواية أخرى عنه: لا ينفذ عتق المعسر، وهو قول مالك».

والثالث ـ وهو الأصح، وبه قال مالك[1] ـ: أنه إن كان موسراً نفذ وإلاّ فلا، تشبيهاً لسريان العتق إلى حق المرتهن بسريانه من نصيب أحد الشريكين إلى الآخر. والمعنى فيه: أن حق الوثيقة لا يتعطل ولا يتأخر إذا كان موسراً.

التفريع:

إن قلنا: لا ينفذ؛ فالرهن بحاله، فلو انفك بإبراء أو غيره فقولان، أو وجهان:

أظهرهما: أنه لا يحكم بنفوذه أيضاً، لأنه لا يملك إعتاقه، فأشبه ما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه ثم زال الحجر.

والثاني: يحكم بنفوذه[2] لأن المانع من النفوذ في الحال حق المرتهن وقد زال، وقطع قاطعون بالثاني، والخلاف فيه كالخلاف فيما إذا أعتق المحجور عليه بالفلس عبداً ثم انفك الحجر عنه ولم يتفق بيع ذلك العبد، هل يعتق؟.

وإن بيع في الدين ثم ملكه يوماً، لم يحكم بالعتق. ومنهم من طرد فيه الخلاف المذكور في الصورة الأولى. وعن مالك[3]: أنه يحكم بنفوذ العتق في الصورتين. وإن قلنا: ينفذ العتق مطلقاً، فعلى الراهن قيمته باعتبار يوم الإعتاق، ثم إن كان موسراً أخذت منه في الحال وجعلت رهناً، مكانه وإن كان معسراً أُنْظِرَ إلى اليسار، فإذا أيسر أخذت منه وجعلت رهناً وإن لم يَحِلَّ الحق[4] بعد، وإن حلّ طولب به، ولا معنى للرهن. هكذا قاله أصحابنا العراقيون. ولك أن تقول: كما أن ابتداء الرهن قد يكون

---

(١) قال في «جواهر الإكليل» (٢/ ٨٣): «وإن أعتق الراهن رقيقه المرهون مضى عتق الراهن الموسر، ويجعل الدين المرهون فيه للمرتهن».

(٢) سقط من (ز).

(٣) «الشرح الكبير»، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٤٩)، و«جواهر الإكليل» (٢/ ٨٣).

(٤) أي: الدين.

بالحال، وقد يكون بالمؤجل. فكذلك قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهناً. وإن حل الحق إلى أن يتيسر استيفاؤه، وبتقدير صحة التفصيل الذي ذكروه، وجب أن يجري مثله في القيمة التي تؤخذ من الموسر. ثم قال الإمام: ومهما بذل القيمة على قصد المغرم[1] صارت رهناً، ولا حاجة إلى عقد مستأنف والاعتبار بقصد المؤدي[2].

ومتى كان المعتِق موسراً، أو[3] التفريع على القول الثاني أو الثالث، ففي وقت نفوذ العتق طريقان:

أحدهما ـ وهو الذي أورده القاضي ابن كج ـ: أنه على الأقوال في وقت نفوذ العتق في نصيب الشريك إذا أعتق الشريك نصيبه. ففي قول يتعجل، وفي قول: يتأخر إلى أن يغرم القيمة، وفي قول: يتوقف. فإذا غَرِم أنفذنا العتق يقيناً[4].

وأظهرهما: القطع بنفوذه في الحال. والفرق أن العتق ثَـمَّ يسري إلى ملك الغير، ولا بد من تقدير انتقاله إلى المعتق، فجاز أن يقول: إنما ينتقل[5] إذا استقر ملك الشريك[6] ويده على العوض وإعتاق الراهن يصادف ملكه[7].

وأما المسألة الثانية: فينظر: إن علق عتق المرهون بفكاك الرهن نفذ عند الفكاك

---

(١) في (ز): (الغرم).

(٢) في (ط الفكر): (مستأنف والأعيان مقصد المؤدي).
«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٠٦).

(٣) في (ز) و(هـ): (و).

(٤) في (ز) و(هـ): (غرم تبيُّناً).

(٥) لا يقرأ في (ز) بسبب التخريم.

(٦) أي: فلا يزول ملكه إلاّ بقبض قيمته.

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ٧٦): «قلت: إذا كان موسراً ففيه طريقان إشارةً إلى أن الـمعسر إذا أنفذنا عتقه يعتق في الحال بلا خلاف، وبهذا صرح الشيخ أبو حامد وصاحب «الشامل» وغيرهما. والله أعلم».

لأن مجرد التعليق لا يضر بالمرتهن، وحين ينزل العتق لا يبقى له حق. وإن علق بصفة أخرى، فإن وجدت قبل فكاك الرهن، ففيه الأقوال المذكورة في التنجيز، وإن وجدت بعده، فوجهان:

أصحهما: النفوذ، لأنه لا يبطل حق المرتهن.

والثاني: لا ينفذ أيضاً، لا للتعليق مطلقاً كالتنجيز في قول.

والوجهان شبيهان بالخلاف فيما إذا قال العبد لزوجته: «إن فعلتِ كذا فأنتِ طالق ثلاثاً»، ثم عتق ثم فعلته، هل تقع الطلقة الثالثة؟ لكن ذلك الخلاف جار، وإن علق بالعتق فقال: «إن عتقت فأنت طالق ثلاثاً»، فلا خلاف في تعليق العتق بالفكاك أنه ينفذ عند الفكاك. قال الإمام: والفارق: أن الطلقة الثالثة ليست مملوكة للعبد، ومحل العتق مملوك للراهن[1]. وإنما منع لحق المرتهن، ولعلك لا تنقاد لهذا الفرق وتقول: العتق غير مملوك للراهن، كما أن الطلقة الثالثة غير[2] مملوكة للعبد، ومحل الطلاق مملوك للعبد كما أن محل العتق مملوك للراهن، فلا فرق. والله أعلم.

فرعان:

أحدهما: لو رهن نصف عبده ثم أعتق نصفه، نظِر: إن أضاف العتق إلى النصف المرهون، ففيه الخلاف. وإن أضافه إلى النصف الآخر أو أطلق، عَتَقَ ما ليس بمرهون، وهل يسري إلى المرهون؟ إن جوَّزنا إعتاق المرهون، فنعم. وإلّا فوجهان، أصحهما: أنه يسري أيضاً، لأن أقصى ما في الباب تنزيلُ المرهون منزلةَ ملكِ الغير. والعتق يسري إلى ملك الغير.

وعلى هذا فهل يفرق بين الموسر والمعسر؟

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٠٧).

(٢) في (هـ): (ليس).

قال في «النهاية»: قال المحققون: نعم(١).

وفي «التتمة»: أنه يسري سواء كان له مال آخر أو لم يكن، لأنه ملكه(٢).

الثاني: في وقف المرهون طريقان:

أحدهما: أنه كالعتق، لِما فيه من القربة(٣) والتعليق(٤) الذي لا يقبل النقض.

وأظهرهما: القطع بالمنع، ويفارق العتق لقوة العتق بالسراية وغيرها.

وقال المتولي: إن قلنا: الوقف لا يحتاج إلى القبول، فهو كالعتق، وإن قلنا: يحتاج إليه، فيقطع بالمنع، وهذه طريقة ثالثة، والله أعلم.

قال:

(ويُمنعُ من الوطءِ؛ خيفةَ الإحْبالِ المنقّص، والأحوطُ (و) حَسمُ الباب؛ وإن كانَت صغيرةً (و) أو آيسةً (و). فإن فَعل؛ فالولـدُ نَسِيبٌ. والاستيلادُ مرتَّبٌ (و) على العِتق، وأولى بالنُّفوذ؛ لأنه فِعل. وقيل: بنقيضِه، لأن العِتقَ منجَز. ثم إن انفَكّ؛ فالأصحّ: عودُ الاستيلاد (و)).

عرفت من قبل أن المذهب الصحيح جوازُ رهْن الجواري على الإطلاق، وعلى هذا، فلو كانت الجارية المرهونة بكراً فليس للراهن وطؤها بحال. لأن الافتضاض

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٠٨).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٧٧): «قلت: إذا أعتق المرهون عن كفارته أجزأه، إن قلنا: ينفذ إعتاقه. وإن أعتقه عن كفارة غيره فلا يعتق. لأنه بيع. قاله القاضي حسين في «الفتاوى». والله أعلم».

(٣) في (ط الفكر): (الغرر) وهو خطأ.

(٤) في (هـ): (التعلق).

ينقص قيمتها. وإن كانت ثيّباً فكذلك إن كانت[١] في سن تحبل، لأنها ربما حبلت فتفوت الوثيقة أو تتعرض للهلاك في الطلقِ[٢] ولنقصان الولادة فليس له أن يقول: أطأ وأعزل، لأن الماء قد يسبق.

وإن كانت في سِنٍّ لا تحبل لصغرٍ أو إياس فوجهان. قال أبو إسحاق: له أن يطأها كسائر الانتفاعات التي لا تضر بالمرتهن[٣]، وهذا اختيار القاضي ابن كج.

وقال ابن أبي هريرة والأكثرون: يمنع من وطئها احتياطاً[٤]، لحسم الباب، إذ العلوق ليس له وقت معلوم، وهذا كما أن العدة تجب على الصغيرة والآيسة. وإن كان القصد[٥] الأصلي استبراء الرحم.

ويجري الوجهان فيما إذا كانت حاملاً من الزنى، لأنه لا يخاف من وطئها الحبل. نعم غشيان مثل هذه المرأة مكروه على الإطلاق[٦].

فلو خالف ما ذكرناه، ووطئ، فلا حد ولا مهر، ولكن عليه أرش البكارة إذا افتض.

أما[٧] أنه لا حد ولا مهر، فلأنه أصاب ملكه. ويخالف ما لو وطئ المكاتبة حيث يغرم المهر لها، لأن المكاتبة قد استقلت، واضطرب الملك فيها أو زال. ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها. ولو وطئ المرهونة أجنبيٌّ كان المهر للسيد.

---

(١) قوله: (إن كانت) سقط من (ط الفكر).

(٢) الطَلْقُ: بسكون اللام المَخَاض وهو وجع الولادة، «المصباح المنير»، مادة: طلق.

(٣) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ٩٧).

(٤) في (هـ): (أيضاً)، وفي (ز): (أيضاً احتياطاً).

(٥) في (ز): (المقصد).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٧٧): «قلت: وفي وجه يحرم. والله أعلم».

(٧) في (ز): (إلّا).

وأما وجوبِ أرش البكارة فلأن الافتضاض إتلاف جزء. ثم إن شاء جعله رهناً، وإن شاء صرفه إلى أداء[١] الدين.

وإذا أولدها فالولد نسيب حرٌّ ولا قيمة عليه، لأن المرتهن لا حق له[٢] في ولد المرهونة بحال، وهل تصير أم ولد له؟ فيه الأقوال المذكورة في الإعتاق.

ثم منهم من جعل الخلاف بالترتيب. واختلفوا في كيفيته، فقال أبو إسحاق والأكثرون: الاستيلاد أولى بالنفوذ، لأنه فِعْل، والأفعال أقوى وأشد نفوذاً[٣]، ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور عليه، ولا ينفذ إعتاقهما، وينفذ استيلاد المريض من رأس المال وإعتاقه من الثلث. وقال آخرون: الاستيلاد أولى بعدم النفوذ، لأنه لا يفيد حقيقة العتق، وإنما يثبت[٤] به حق العتق، وحق العتق دون حقيقة العتق[٥] المنجزة، فكان العتق أولى بالنفوذ. ومنهم من امتنع من الترتيب وسوى بينهما، لتعارض المعنيين. وبه قال الشيخ أبو حامد. ويخرج من هذه الاختلافات ثلاثة طرق، كما أفصح بها صاحب «التتمة»:

أظهرها: طرد الخلاف.

والثاني: القطع بنفوذ الاستيلاد.

والثالث: القطع بعدمه.

---

(١) في (ز): (قضاء).

(٢) في (ز): (عليه).

(٣) «المهذَّب» في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٠٠).

(٤) في (ز): (يتبين).

(٥) سقط من (ز).

التفريع:

إن قلنا: ينفذ الاستيلاد فعليه القيمة، والحكم على ما مر في العتق. وإن قلنا: لا ينفذ فالرهن بحاله. فلو حلّ الحق وهي حامل بعد لم يجز بيعها لأنها حامل بِحُرٍّ. وفيه وجه آخر، وقد ذكرنا ذلك في البيع. فإذا ولدت فلا تباع حتى تسقي ولدها اللبأ. وإذا سقته ولم توجد مرضعة فلا تباع حتى توجد مرضعة خوفاً من أن يسافر بها المشتري لو بيعت فيهلك الولد، وإذا وجدت مرضعة فتباع الجارية[1] ولا يبالى بالتفريق بين الأم والولد للضرورة، فإن الولد حر وبيعه ممتنع. ثم إن كان الدين يستغرق قيمتها بِيعَ كلها وإلّا بيع منها بقدر الدين. وإن أفضى التشقيص إلى نقصانٍ رعايةً لحق الاستيلاد. ويخالف ما إذا اتفق مثل ذلك في العبد القن بأن كانت قيمته مئة وهو مرهون بخمسين وكان لا يشترى نصفه إلّا بأربعين ويشترى الكل بمئة حيث يباع الكل دفعاً للضرر عن المالك، وإن لم يوجد من يشتري البعض بيع الكل للضرورة.

وإذا بيع منها بقدر الدين انفك الرهنُ عن الباقي واستقر[2] الاستيلاد، وتكون النفقة على المشتري والمستولد[3] بحسب النصيبين، والكسب بينهما كذلك، ومهما عادت إلى ملكه بعد ما بيعت في الدين، فهل يحكم بنفوذ الاستيلاد؟ فيه طريقان:

أظهرهما: أنه على قولين كما لو استولد جارية الغير بالشبهة ثم ملكها، اختار المزني[4] أنه لا يحكم به، والمذهب المنصوص أنه يحكم. وفي مثل هذه الصورة في الإعتاق ذكرنا أن الأظهر عدم نفوذ العتق. والفرق أن الإعتاق قول يقتضي العتقَ في

---

(١) أي: الأم.

(٢) في (ز): (واستقر فيه).

(٣) سقط من (ز).

(٤) في (ز) و(هـ): (المزني للشافعي).

الحال، فإذا رُدَّ لغا بالكلية. والاستيلادُ فعلٌ لا يمكن رده، وإنما منع حكمه في الحال لحق الغير[١]، فإذا زال حق الغير عمل عمله.

والطريق الثاني: القطع بنفوذ الاستيلاد لوقوعه في الملك بخلاف استيلاد جارية الغير بالشبهة.

ولو انفك الرهن عنها ولم يتعد[٢] بيعها نفذ[٣] الاستيلاد. ومنهم من خرجه على الخلاف المذكور فيما إذا بيعت ثم عادت إليه، وعلى الخلاف المذكور[٤] في نظيره من الإعتاق، والمذهب الأول[٥]. ويفارق ما إذا بيعت وعادت، لأن الملك هاهنا هو الملك الذي تصرف فيه، ويفارق الإعتاق لما سبق، وليس للراهن أن يهب هذه الجارية للمرتهن وإنما تباع في الحق للضرورة. وهذا معنى قول الأئمة أن الاستيلاد ثابت في حق الراهن، والخلاف في أنه هل يثبت في حق المرتهن؟ والله أعلم.

وقوله في الكتاب: (مرتب على العتق)[٦]، يجوز إعلامه بالواو، للطريقة النافية للترتيب، وكذا قوله: (فالأصح عود الاستيلاد)، للطريقة النافية للخلاف، وليس لفظ العود هاهنا مستعملاً في حقيقته، فإنه يستدعي ثبوتاً في الابتداء وزوالاً، وليس الاستيلاد كذلك.

* * *

---

(١) في (ط الفكر): (الغرَماء).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (ولم يتفق).

(٣) في (ط الفكر): (بعد).

(٤) من قوله: (فيما إذا) إلى هنا سقط من (ز).

(٥) أي: نفوذ الاستيلاد.

(٦) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٤٩٨).

قال:

(ولو ماتَت بالطَّلق[١]، فعليه القِيمة؛ لأنه مُهلِكٌ بالإحبال. وكذا إذا وطئَ أمةَ الغير بشُبهة. ولا يضمنُ الزَّوجُ[٢] زوجتَه به[٣]. وكذلك الزّاني بالحرّة؛ لأن الاستيلادَ كأنه إثباتُ يدٍ وإِهْلاكٍ[٤] تحتَ اليدِ المستوليةِ على الرَّحم، والحرّةُ لا تدخلُ تحتَ اليد، وإلّا فمُجرَّدُ السَّببِ ضعيف. ولذلك قيل ـ على رأيٍ ـ: يجبُ أقصى القِيمِ من يومِ الإحبالِ إلى الموت. وقيل: يُعتبرُ يومُ الإحبال. وقيل: يومُ (ح) الموتِ أيضاً).

إذا ماتت الجارية التي أولدها الراهن[٥] بالولادة، والتفريع على أن الاستيلاد غير نافذٍ، فعليه قيمتها لتكون رهناً مكانها؛ لأنه تسبب إلى إهلاكها بالإحبال لا عن[٦] استحقاق. والضمان كما يجب بالمباشرات يجب بالأسباب كحفر البئر ونحوه. وعن أبي علي الطبري وغيره وجه أنه لا تجب عليه القيمة، لأن إضافة الهلاك إلى الوطء بعيدةٌ. وإحالته على علل وعوارضَ تقتضي شدة الطلق أقرب وأظهر، والمذهب المشهور[٧] الأول.

ولو أولد أمة الغير بالشبهة وماتت بالولادة ففي وجوب القيمة هذا الخلافُ.

---

(١) في (ز): (في الطلق).

(٢) سقط من (هـ).

(٣) سقط من (ز).

(٤) في الأصل: (هلاك) ولا يستقيم الكلام معه.

(٥) سقط من (ز).

(٦) سقط: (لا) من (هـ).

(٧) في (هـ): (المنصور).

ولو كانت حرة ففي وجوب الدية وجهان، قال الإمام:

أقيسهما: الوجوب لأن طريق وجوب الضمان لا يختلف بالرق والحرية.

وأشهرهما: المنع، لأن الوطء سبب ضعيف، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة لأن الوطء استيلاء عليها، والعلوق من آثاره، فَأَدَمْنا[1] به اليد والاستيلاد، كما إذا نفّر المحرم صيداً فبقي نفاره إلى التقسر[2] والهلاك. والحرة لا تدخل تحت اليد والاستيلاد.

ولو أولد امرأة بالزنى وهي مكرهة فماتت بالولادة، فقد روى الشيخ أبو حامد في وجوب الضمان قولين ؛ حرة كانت أو أمة:

أحدهما: يجب لما سبق.

وأصحهما: المنع، لأن الولادة في الزنى لا تضاف إلى وطئه، لأن الشرع قطع نسب[3] الولد عنه.

ولا خلاف في عدم وجوب الضمان عند موت الزوجة من الولادة؛ لتولد الهلاك عن مستحق. وحيث أوجبنا الضمان في الحرة فهو الدية مضروبة على العاقلة، وحيث أوجبنا[4] القيمة، فالاعتبار بأية قيمة؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: بأقصى القيم من يوم الإحبال إلى الموت، تنزيلاً له منزلة الاستيلاد والغصب.

وثانيها ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: بقيمة يوم الموت، لأن التلف حينئذٍ متحقق.

---

(١) أي: حكمنا بدوامها.

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (التغير). قال في «المصباح»: قَسَرَهُ: قَهَره. انظر: مادة: قسر.

(٣) في (ط الفكر) و(هـ): (سبب).

(٤) من قوله: (الضمان في) إلى هنا سقط من (هـ).

وأصحهما: بقيمة يوم الإحبال لأنه سبب التلف، فصار لو جرح عبداً قيمته مئة وبقي مثخناً[١] حتى مات وقيمته عشرة، فإن الواجب مئة. ويقال: إن ابن أبي هريرة ألزم هذه المسألة فمنعها وطرد قياسه ولا يخفى بُعْدُه.

ولو لم تمت الجارية ونقصت قيمتها بالولادة فعليه الأرش ليكون رهناً معها، وله أن يصرف القيمة أو الأرش إلى قضاء الحق[٢] ولا يرهن.

قال:

(ولا يمنعُ من الانتفاعِ (ح) بسُكنى الدّار، أو[٣] استكسابِ العبد، أو[٤] استخدامِه، أو[٥] إنزاءِ الفَحلِ على الإناث؛ إن لم يُنقِص قيمتَه[٦]).

افتتح الكلام في نوع آخر من تصرفات الراهن، وهو ما سوى الوطء من الانتفاعات[٧]. وجملته: أن المنافع التي لا يضر استيفاؤها بالمرتهن لا تعطَّلُ من المرهون بل هي مستوفاةٌ للراهن خلافاً لأبي حنيفة[٨]، حيث قال: هي معطَّلَة، وروى

(١) أي: زمناً، في (ز) و(هـ): (ضمناً).
(٢) في (ز): (الدين).
(٣) في (ز) و(هـ): (و).
(٤) في (ز) و(هـ): (و).
(٥) في (ز) و(هـ): (و).
(٦) قلت: وضعت هذه الفقرة من «الوجيز» بعد الفقرة السابقة مباشرة في نسخة (ط الفكر) و(ز)، لكني حذفتها هناك، لأن محلها قبل شرحها كما هو دأب الرافعي، ثم في عدم حذفها تكرار، كما وقع في هاتين النسختين.
(٧) من قوله: (افتتح الكلام) إلى هنا سقط من (هـ).
(٨) قال في «الدر المختار» (٥/ ٣١٠): «لا انتفاع به مطلقاً، لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس ولا إجارة ولا إعارة سواء كان من مرتهن أو راهنٍ إلّا بإذن كلٍ للآخر. وقيل: لا يحل للمرتهن لأنه رباً. وقيل: إن شَرَطه كان ربا، وإلّا لا».

في «الشامل» عن مالك[1] مثل مذهبنا. وعن أحمد[2] اختلاف رواية.

لنا: ما روي أنه ﷺ قال: «الظهر يُركَبُ إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه نفقته»[3]، وروي[4] أنه قال: «الرهن محلوب ومركوب»[5].

---

(١) قال الدسوقي في «حاشيته» (٣/ ٢٤١ - ٢٤٢): «إن تصرفات الراهن في الرهن بإذن المرتهن يبطل الرهن من أصله، كما في أبي الحسن وابن ناجي في شرحيهما على «المدونة»، والإذن في التصرف كالتصرف بالإذن كما في ح وابن الحاجب»، وللراهن بعض التصرفات في المرهون أيضاً كما هو مفهوم عبارات المالكية مثل العتق والكتابة والإيلاد والحبس والتدبير والبيع.
انظر: «جواهر الإكليل» (٢/ ٨١).

(٢) قال في «كشاف القناع» (٣/ ٣٣٤): «وتصرف راهن لازم، أي مقبوض بغير إذن مرتهن، بما يمنع ابتداء عقده، كهبة ووقف وبيع ورهن ونحوه كجعله عوضاً في صداق أو طلاق لا يصح إلّا العتق مع تحريمه فإنه ينفذ».

(٣) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٥/ ١٧٠) برقم (٢٥١٢)، في الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، عن أبي هريرة بلفظ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدَر يُشرَب بنفقته إذا كان مرهوناً. وعلى الذي يركب ويشرب النفقةُ».

(٤) في (هـ): (ويروى).

(٥) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٨)، في البيوع، من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً، وقال: «قال الأعمش: فذكرتُ ذلك لإبراهيم فكره أن ينتفع بشيء منه، هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لإجماع الثوري وشعبة على توقيفه عن الأعمش. وأنا على أصْلي أصَّلتُه في قبول الزيادة من الثقة». وقال الذهبي: «خ م، رواه شعبة وسفيان عن الأعمش فوقفناه». قال الحافظ في «الفتح» (٥/ ١٧٠) في شرح باب الرهن مركوبٌ ومحلوبٌ: «وقد ذكر الدارقطني الاختلاف على الأعمش وغيره. ورجح الموقوف، وبه جزم الترمذي، وهو مساوٍ لحديث الباب من حيث المعنى، وفي حديث الباب زيادة». وأخرجه البيهقي (٦/ ٣٨)، في الرهن، باب ما جاء في زيادات الرهن، بطرقه ثم قال: «ورواه الجماعة عن الأعمش موقوفاً على أبي هريرة» ورواه بطريق الشافعي أيضاً ثم قال: «قال الشافعي: يشبه قول أبي هريرة، والله أعلم»، وفي «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٦)، قال ابن أبي حاتم: «قال أبي: رفعه مرة ثم ترك الرفع بعد»، قلت: تبين مما سبق أنه صحيح بمعناه لاتفاقه مع حديث البخاري السابق، وإن كان موقوفاً على أبي هريرة أو على غيره.

وفي الفصل صور:

إحداها: يجوز السكنى في الدار وركوب الدابة واستكساب العبد ولبس الثوب المرهونة[1]، إلّا إذا كان مما ينقص باللبس.

الثانية: الفحل المرهون يجوز إنزاؤه على الإناث كالركوب، إلّا إذا أثر ذلك في القيمة. والأنثى يجوز الإنزاء عليها كذلك إن كان يحل الدين قبل ظهور الحمل أو تلد قبل حلول الدين. فإن كان يحل بعد ظهور الحمل وقبل الولادة، فإن قلنا: الحمل لا يعرف، جاز أيضاً لأنها تباع مع الحمل. وإن قلنا: يُعْرَف وهو الصحيح، لم يجز، لأنه لا يمكن بيعها دون الحمل، والحمل غير مرهون.

الثالثة: ليس للراهن أن يبني في الأرض المرهونة ولا أن يغرس؛ لأنه ينقص قيمة الأرض. وفي «النهاية» ذكر وجه أنه يجوز إن كان الدين مؤجلاً[2]. وزرع ما ينقص قيمة الأرض لاستيفاء قوتها ممنوع. وما لا ينقص إن كان بحيث يحصد قبل حلول الأجل فلا منع منه، ثم إن تأخر الإدراك لعارض ترك إلى الإدراك. وإن كان بحيث يحصد بعد الحلول[3] أو كان الدين حالًا منع منه لنقصان الرغبة في الأرض المزروعة.

وعن الربيع حكاية قول: أنه لا يمنع منه لكن يجبر على القلع عند الحلول، إن لم يفِ بيعها[4] مزروعة دون الزرع بالدين. وفي هذا التفات إلى أن الأرض المزروعة هل يجوز بيعها أم لا؟ ولو خالف ما ذكرناه[5] فغرس أو زرع حيث منعناه منه فلا يقلع قبل حلول الأجل فلعله يقضي الدين من موضع آخر.

---

(١) سقط من (ز) و(هـ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٧٣).

(٣) في (ز): (وإن كان يحصل بحيث بعد حلول الأجل).

(٤) أي: قيمتها في البيع.

(٥) في (هـ) و(ز): (ذكرنا).

وفي وجه: أنه يقلعه[١]، وبعد حلول الأجل[٢] ومساس الحاجة إلى البيع، يقلع إن كانت قيمة الأرض لا تفي بدينه وتزداد قيمتها بالقلع. نعم لو صار الراهن محجوراً عليه بالإفلاس ففي القلع وجهان، بخلاف ما لو نبت النخل من النوى[٣] في حميل السيل حيث جزمنا بأنه لا يقلع في مثل هذه الحالة، لأنا منعناه هاهنا فخالف[٤] ما قاله الإمام.

قال:

(ويُمنعُ الرّاهنُ عن المُسافَرةِ به؛ لِعِظَم الـحَيلولة، كما يُمنعُ زوجُ الأمةِ عن السَّفرِ بها. بخلافِ الحرّ؛ فإنه[٥] يُسافرُ بزوجتِه[٦]. وإن أمكنَ استكسابُ العبدِ في يدِه، لم يُنتزَع من يدِه؛ جمعاً بينَ الحقَّين. ومهما انتزعَ فعليه الإشهاد. إلّا أن تكونَ عدالتُه ظاهرةً؛ ففي تكليفِه بذلك خلاف).

أصل الفصل: أن اليد على المرهون مستحقة للمرتهن، فإنها الركن الأعظم وفي[٧] التوثق مما لا منفعة فيه مع بقاء عينه[٨] كالنقود والحبوب لا تُزال يد المرتهن عنه. و[أما غيره] إن أمكن تحصيل الغرض مع بقائه في يد المرتهن يصار إليه[٩] جـمْعاً بين الحقين. وإنما تزال يده عند اشتداد الحاجة إليه.

---

(١) في (هـ): (يقلع).
(٢) في الأصل و(ز): (الدين).
(٣) في (ز): (نوى التمر).
(٤) في (ط الفكر): (كذا).
(٥) سقط من (ز) و(هـ).
(٦) أي: بزوجته الأمة المرهونة.
(٧) سقطت الواو من (هـ).
(٨) قوله: (مع بقاء عينه) سقط من (ز).
(٩) أي: تعيّـن فعله.

إذا عرفت ذلك، فإن كان العبد محترِفاً وتيسر استكسابه هناك لم يخرج من يده، إن أراد الراهن الاستكساب، وإن أراد الاستخدام أو الركوب أو شيئاً من الانتفاعات التي يُحْوِجُ استيفاؤها إلى إخراجه من يده، فعن رواية صاحب «التقريب» قول قديم أنه لا يخرج من يده ولا ترهن وثيقته. والمشهور: أنه يخرج. ثم ينظر: إن استوفى تلك المنافع بإعارة من عدل أو إجارة بالشرط الذي سبق فله ذلك. وإن أراد استيفاءها بنفسه، قال في «الأم»: له ذلك. ومنع منه في القديم[1]. فَحَمَلَ حاملون الأول على الثقة المأمون جحوده. والثاني على غيره، فأجراهما مُجْرُونَ[2] قولين مطلقين ووَجَّهوا الثاني بأنه[3] يخاف من جحوده وخيانته لو سلم إليه، والأول بأنّ مَا لَه استيفاؤه بغيره، له استيفاؤه بنفسه، ويشبه أن يكون هذا أظهر[4].

ويتفرع عليه: ما نقله إمام الحرمين وصاحب الكتاب؛ وهو أنه إن وثق المرتهن بالتسليم فذاك، وإلّا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع، فإن كان مشهوراً بالعدالة موثوقاً به عند الناس[5] فوجهان: أشبههما أنه يكتفى بظهور حاله ولا يكلف الإشهاد في كل [ما] أخذه لما فيه من المشقة، ويزداد في أخذ الجارية للاستخدام نظرٌ آخرُ، وهو أن الراهن إنما يمكَّن منه إذا أمن من غَشيانه إياها، بأن كانت محرماً له أو كان ثقة وله أهل كما تقدم نظيره[6].

ثم إن كان إخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعةٍ يُدَامُ استيفاؤها فذاك، وإن

---

(١) «الأم» للشافعي (٣/ ٢٠٠).

(٢) في (هـ): (مَجْرى).

(٣) في (ط الفكر) و(هـ): (بها).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٨٠): «قلت: المذهب جوازه مطلقاً. والله أعلم».

(٥) قوله: (عند الناس) سقط من (ز).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٤٤)، «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥٠١).

كان لمنفعةٍ تستوفى في بعض الأوقات كالاستخدام والركوب فتستوفى نهاراً وترد إلى المرتهن ليلاً.

وليس للراهن أن يسافر بالمرهون بحال طال سفره أم قصر، لما فيه من الخطر والحيلولة القوية من غير ضرورة. ولمثل هذا مُنِعَ زوج الأمة من المسافَرة بها. وإنما جاز لسيدها أن يسافر بها لحقه المتعلق بالرقبة ولئلا يتكاسل[١] من[٢] تزويجها.

ويجوز للحر أن يسافر بزوجته رعاية لمصالح النكاح التي لها فيها[٣] الحظ الوافر.

واعلم أن لفظ الكتاب[٤] هاهنا وفي «الوسيط» يدل على أنه لا ينزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه، وإن طلب الراهن منه الخدمة[٥]. ولم يتعرض الأكثرون لذلك. وقضية كلامهم أن له أن يستخدم مع إمكان الاستكساب[٦]. والله تعالى أعلم.

فرع:

لا تزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن للانتفاع[٧] لأن ملك المشتري غير مستقر قبل القبض وملك الراهن مستقر، وهل يستكسب في يده للمشتري أم تعطل منافعه؟ فيه اختلاف للأصحاب[٨].

---

(١) أي: يمتنع.

(٢) في (ط الفكر) و(هـ) و(ز): (في).

(٣) في (ز): (فيه).

(٤) في (هـ) و(ز): (صاحب الكتاب).

(٥) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥٠٠).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٨١): «قلت: كلام الغزالي محمول على موافقة الأصحاب. وقد ذكرت تأويله في شرح «الوسيط». والله أعلم».

(٧) في (ز) و(هـ): (بسبب الانتفاع).

(٨) قال في «الروضة» (٤/ ٨٢): «قلت: الأرجح استكسابه. والله أعلم».

قال:

(وكُلُّ ما مُنِعَ منه، فإذا أذن الـمُرتَهنُ جاز، لأن الحقَّ لا يعدوهما.ثم إذا[1] أذنَه في العتقِ سقطَ الغُرمُ عنه. وفي الـبَيع قبل حلولِ الأجلِ يَمنعُ (ح) تعلُّقَه بالثَّمن. وله الرُّجوع قبلَ البَيع[2]، وكذا إذا أذنَ في الهبةِ ووَهبَ ولم[3] يَقبِض؛ فله الرُّجوع. ولو شرطَ في الإذنِ في البيع جَعلَ الثَّمن رهناً: لم يَـجُز ذلكَ في الأصحّ؛ لأنه نقلٌ للوثيقة. ولو شَرطَ أن يعجِّلَ حقَّه من الثَّمن: فَسدَ الإذن؛ لأنه أَذنَ بعوضٍ فاسد. بخلافِ ما لو شَرط لوكيلِه أجرةً من ثمن ما يبيعُه، إذ ليسَ العوضُ هاهنا في مقابلةِ الإذن).

الفصل هاهنا[4] يشتمل على قاعدتين:

إحداهما: التصرفات التي يمنع منها الراهن لحق المرتهن إذا اقترنت بإذن المرتهن نفذت. فإذا أذن له في الوطء حل له الوطء. ثم إن وطِئ ولم تحبل فالرهن بحاله، وإن أحبل أو أعتق أو باع بالإذن نفذت هذه التصرفات وبطل الرهن.

ويجوز أن يرجع المرتهن عن الإذن قبل تصرف الراهن، كما يجوز للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل. فإذا رجع فالتصرف بعده كما لو لم يكن إذن، ولو أذن في الهبة والإقباض ورجع قبل الإقباض صح وامتنع الإقباض لأن تمام الهبة بالإقباض.

---

(١) سقط من (ز).

(٢) قوله: (قبل البيع) سقط من (هـ).

(٣) سقطت الواو من (هـ).

(٤) سقط من (ط الفكر) و(هـ).

ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار فرجع المرتهن فوجهان:

أحدهما: يصح رجوعه لأن العقد لم يلزم بعد كالهبة قبل الإقباض.

وأصحهما: المنع لأن مبنى البيع على اللزوم والخيار دخيلٌ، وإنما يظهر أثره في حق مَنْ له الخيار، وفي الهبة الركن الأقوى إنما هو الإقباض، ولو رجع المرتهن ولم يعلم به الراهن فتصرف ففي نفوذه وجهان مبنيان على أن الوكيل هل ينعزل بالعزل قبل بلوغ الخبر؟ الأصح الانعزال[١].

ومهما أحبل أو أعتق[٢] أو باع وقال: «فعلته بالإذن»، وأنكر المرتهن، فالقول قوله مع يمينه. لأن الأصل عدم الإذن وبقاء الرهن. فإن حلف فهو كما لو تصرف بغير إذنه، وإن نكل فحلف الراهن فهو كما لو تصرف بإذنه. فإن نكل فهل يرد اليمين على الجارية أو[٣] العبد؟ فيه طريقان:

أحدهما ـ وبه قال ابن القطان ـ: فيه قولان كما لو نكل الوارث عن يمين الرد، هل يحلف الغرماء.

وأشبههما ـ وبه قال أبو إسحاق وأبو حامد القاضي ـ: القطع بالرد، لأن الغرماء يثبتون الحق للميت أولاً، والجارية والعبد يثبتان لأنفسهما[٤].

ولو وقع هذا الاختلاف بين الراهن[٥] وورثة المرْتَهِنِ[٦]، حلفوا على نفي العلم.

---

(١) أي لم ينفذ.

(٢) في (هـ): (عتق).

(٣) في (ز) و(هـ): (و).

(٤) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١١٠).

(٥) في (ط الفكر): (المرتهن)، وفي (هـ): (الرهن).

(٦) في (ط الفكر): (الراهن).

ولو جرى بين المرتهن وورثة الراهن، حلفوا[١] يمين الرد على البَتِّ. وهل يثبت إذن المرتهن برجل وامرأتين؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين، والقياس المنع كالوكالة والوصاية.

ولو حصل عند الجارية المرهونة ولدٌ فقال الراهن: «قد وطئتها بإذنك فأتت بهذا الولد مني وهي أم ولد»، وقال المرتهن: «بل هو من زوج أو زنًى»، فالقول قول الراهن بعد أن يسلم المرتهن له أربعة أمور:

أحدها: الإذن في الوطء.

والثاني: أنه وطء.

والثالث: أنها ولدت.

والرابع: أنه مضىٰ مدة إمكان الولد منه.

فإن لم يسلم الإذن، فقد ذكرنا أن القول قوله وإن لم يسلم أنه وطئ وسلم الإذن فوجهان، الذي ذكره المعظم: أن القول قوله[٢] أيضاً، لأن الأصل عدم الوطء وبقاء الرهن. وقال القاضي ابن كج والإمام: الأصح أن القول قول الراهن[٣]، لأنه أخبر عمَّا يقدر على إنشائه. وإن سلمها وقال: «ما ولدته ولكن التقطته»، فالقول قوله، وعلى الراهن البينة على الولادة أيضاً، ولو سلم الولادة وأنكر مضي مدة[٤] الإمكان فالقول قوله أيضاً.

---

(١) من قوله: (حلفوا على) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) من قوله: (وإن لم يسلم) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) أي: في الوطء.

«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١١٨).

(٤) سقط من (ط الفكر)، وقدَّمه على: (مضي) في (هـ).

ومهما سلم الأمور الأربعة، فالقول قول الراهن من غير يمين، لأنه إذا أقر بأن الولد منه لم يقبل رجوعه. فكيف يحلف عليه؟.

ولو لم يتعرض المرتهن لهذه الأمور منعاً وتسليماً واقتصر على إنكار الاستيلاد، فالقول قوله أيضاً، وعلى الراهن إثبات هذه الوسائط.

الثانية: إذا أعتق أو وهب بإذن المرتهن بطل حقه من الرهن سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، وليس عليه أن يجعل قيمته رهناً مكانه.

ولو باع ما يلزمه والدين[1] مؤجل فكذلك، خلافاً لأبي حنيفة[2]، حيث قال: يلزمه أن يرهن ثمنه مكانه أو يقضي الدين.

لنا: القياس على الإعتاق والهبة. ولو كان الدين حالاً قضى حقه من ثمنه، وحمل إذنه المطلق على البيع في غرضه[3] لمجيء وقته.

ولو أذن في البيع بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه فقولان، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً:

أحدهما: يصح[4] الإذن والبيع، وعلى الراهن الوفاء بالشرط، وبهذا قال أبو حنيفة[5] والمزني وأصحاب أحمد[6] لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شرعاً كما لو أتلف المرهون، فجاز أن ينتقل إليه شرطاً.

---

(١) في (ز) و(هـ): (ولو باع بإذنه والدين).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٣).

(٣) في الأصل: (عرضه)، بسقوط النقطة.

(٤) في (ز) و(هـ): (إنه يصح).

(٥) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٣).

(٦) «كشاف القناع» (٣/ ٣٣٧).

وأصحهما ـ عند المحاملي وصاحب الكتاب ـ: أنها فاسدة. أما الشرط فلأن الثمن مجهول عند الإذن فأشبه ما إذا أذن[1] بشرط أن يرهن به مالًا آخر مجهولًا بطل[2]. وإذا بطل الشرط بطل الإذن، فإنه وقف الإذن على حصول الوثيقة في البدل، وإذا بطل الإذن بطل البيع.

ولو أذن في الإعتاق وشرط جعل القيمة رهناً أو في الوطء بهذا الشرط إن أحبل، ففيه قولان.

ولو أذن له في البيع بشرط أن يعجّل حقه من ثمنه وهو مؤجل، فالمنصوص فساد الإذن والبيع لفساد الشرط.

وقال أبو حنيفة[3] والمزني وأصحاب أحمد[4]: يصح الإذن والبيع، ويجعل الثمن رهناً مكانـه.

وعن أبي إسحاق تخريج قول مثله[5] من المسألة السابقة.

واحتج المزني بأن فساد الشرط لا يوجب فساد الإذن والبيع[6]. ألا ترى أنه لو وكل وكيلاً ببيع عبده على أن له عشر ثمنه يصح الإذن والبيع، مع أن الشرط فاسد لكون الأجرة مجهولة، ويرجع الوكيل إلى أجرة المثل.

---

(١) في (هـ): (عند الإذن فإذا أذن).

(٢) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٤).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٣٣٧ - ٣٣٨).

(٥) سقط من (ط الفكر).

«المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٠١).

(٦) في (ز): (في البيع).

وأجاب الأصحاب بأن الموكل لم يجعل لنفسه[١] في مقابلة الإذن شيئاً، وإنما شرط للوكيل جعلاً مجهولاً فاقتصر الفساد عليه، وهاهنا المرتهن شرط لنفسه شيئاً في مقابلة إذنه؛ وهو تعجيل الحق، فإذا فسدَ فسد ما يقابله. ولهذا المعنى قدح قادحون في تخريج أبي إسحاق، وقالوا: الشرط صحيح في المسألة الأولى على قولٍ، فَصَحَّ الإذن المقابل له، وهاهنا المرتهن شرط لنفسه شيئاً في مقابلة إذنه؛ وهو تعجيل الحق[٢]، فالشرط فاسد بالاتفاق فلا يمكن تصحيح ما يقابله.

ولو اختلفا فقال المرتهن: «أذنت في البيع بشرط أن ترهن الثمن»، وقال الراهن: «بل أذنت مطلقاً»، فالقول قول المرتهن كما لو اختلفا في أصل الإذن، ثم إن كان الاختلاف قبل البيع فليس له البيع وإن كان بعده وحلف المرتهن، فإن صححنا الإذن فعلى الراهن رهن الثمن، وإلّا فإن صدق المشتري المرتهن فالبيع مردود، وهو مرهون كما كان. وإن كذبه نظِر: إن أنكر أصل الرهن حلف، وعلى الراهن أن يرهن قيمته، وإن أقر بكونه مرهوناً وادعى مثل ما ادعاه الراهن، فعليه رد المبيع، ويمين المرتهن حجة عليه أيضاً. قال الشيخ أبو حامد: ولو أقام المرتهن بينةً على أنه كان مرهوناً فهو كما لو أقر المشتري به. والله أعلم.

وقوله في الكتاب: (لأنه نقل للوثيقة)، ليس تعليلاً لقول المنع خاصة، وإنما أشار به إلى كلام ذكره الإمام، وهو أن الخلاف في المسألة يترتب على الخلاف في رهن ما يتسارع إليه الفساد بالدين المؤجل، فإن منعناه فذلك[٣] لمصيرنا[٤] إلى امتناع نقل

(١) في (هـ): (إليه).

(٢) من قوله: (المرتهن شرط) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر): (بذلك).

(٤) في (ط الفكر): (لَصيرنا).

الوثيقة من عين إلى عين[١]. فعلى هذا لا يجوز[٢] الإذن بشرط النقل. وإن صححناه وقد[٣] احتملنا نقل الوثيقة فيجوز شرطه، فهذا ما أراده[٤]، إلّا أن لك أن تمنع قوله: (إذا منعنا رهنه بالدين المؤجل فذلك لمصيرنا إلى امتناع نقل الوثيقة من عين إلى عين)، ونقول[٥]: بل ذلك لامتناع النقل من غير التعرض للنقل. ولهذا يصح رهنه بالدين المؤجل بشرط البيع عند الإشراف على الفساد، وهاهنا وجد التعرض للنقل.

فرع منقول عن «الأم»:

لو أذن المرتهن للراهن[٦] في ضرب العبد المرهون فهلك في الضرب، فلا ضمان عليه لتولده من مأذون فيه، كما لو أذن في الوطء وأحبل[٧] بخلاف ما إذا ضرب الزوج زوجته أو الإمام إنساناً تعزيراً، لأن المأذون فيه هناك ليس مطلق الضرب، وإنما هو التأديب، وهاهنا أيضاً لو قال: «أَدِّبْهُ»، فضربه حتى هلك، فعليه الضمان.

قال:

(والتَّركَةُ إذا تعلقت بالديون[٨] فإنها[٩] كالـمَرهونِ في منعِ التَّصرُّفِ فيه[١٠]، وقيل: إنه كالعَبدِ الجاني. فإن منعَ منه، فظهر دين يردُّ العِوضَ بالعَيبِ

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٢٦).
(٢) سقط: (لا) من (ز).
(٣) في (ز): (فقد).
(٤) في (ز): (أورده).
(٥) في (هـ): (فتقول).
(٦) في (هـ): (لو أذن الراهن للمرتهن).
(٧) «الأم» للشافعي (٣/ ١٤٧).
(٨) في (ز) و(هـ): (الديون).
(٩) في (ز) و(هـ): (بها).
(١٠) في (ز): (فيها).

بعدَ تصرُّفِ الوَرثة؛ ففي بيعِه بالنَّقصِ خِلاف).

لا شك في أن الديون على المتوفَّى تتعلق بتركته، وفي كون ذلك التعلق مانعاً من الإرث خلافٌ ذكرناه في الزكاة، وبيّنا أن الأصح أنه لا يمنع[1]. وعلى هذا في كيفيته قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: أنه كتعلق الأرش برقبة الجاني لأن كل واحد منهما يثبت شرعاً[2] من غير اختيار المالك.

والثاني: أنه كتعلق الدين بالمرهون، لأن الشارع إنما أثبت هذا التعلق نظراً للميت لتبرأ ذمته، فاللائق به ألا يسلط الوارث عليه. وهذا أظهر فيما ذكره الإمام وغيره[3]، فلو أعتق الوارث أو باع وهو معسر لم يصح، سواء جعلناه كالعبد الجاني أو كالمرهون، ويجيء في هذا[4] الإعتاق خلاف. وإن كان موسراً نفذ في وجهٍ، بناء على أن التعلق كتعلق الأرش، ولم ينفذ في وجه، بناءً على أن التعلق كتعلق الدين بالمرهون.

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً ثالثاً وهو: أنهما موقوفان إن قضى الوارث الدين تبيّنّا النفوذ، وإلّا فلا. ولا فرق بين أن يكون الدين مستغرقاً للتركة أو أقل منها على أظهر الوجهين كما هو قياس الديون والرهون.

والثاني: أنه إن كان الدين أقل نَفَذَ[5] تصرف الوارث إلى أن لا يبقى إلاّ قدر الدين، لأن الحجر في مال كثير بشيء حقيرٍ بعيدٌ.

---

(١) أي: بمعنى أنه إذا قضى الدين عن الميت ورثت العين.

(٢) من قوله: (لأن كل) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٩٩).

(٤) سقط من (ز) و(هـ).

(٥) في الأصل: (فقد).

وإذا حكمنا ببطلان تصرف الوارث، فلو لم يكن في التركة دينٌ ظاهرٌ فتصرف، ثم ظهر دينٌ، بأن كان قد باع شيئاً وأكل ثمنه، فرد بالعين[1] ولزم رد الثمن، أو تردَّى متردٍّ في بئر كان قد احتفرها عدواناً؟ فوجهان:

أحدهما: أنه يتبين فساد التصرف إلحاقاً لما ظهر من الدين بالدين المقارن لتقدم سببه.

وأظهرهما: أنه لا يتبين، لأنه كان مسوغاً لهم ظاهراً.

فعلى هذا إن أدى الوارث الدين فذاكَ، وإلّا فوجهان:

أظهرهما: أنه يفسخ ذلك التصرف ليصل المستحق إلى حقه.

والثاني: لا يفسخ ولكنه يطالب الوارث بالدين ويجعل كالضامن.

وعلى كل حال فللوارث أن يُمْسِك عينَ التركة ويؤدي الديون[2] من خالص ماله.

نعم لو كانت الديون أكثر من التركة، فقال الوارث: «آخذها بقيمتها»، والتمس الغرماء بيعها على توقع زيادة راغب، فوجهان[3]؛ بنوهما على أن السيد يفدي العبد الجاني بأرش الجناية أو بأقل الأمرين من قيمته و[4] أرش الجناية؟ والأصح أن المجاب هو الوارث، لأن الظاهر أنها[5] لا تشترى بأكثر من القيمة.

---

(١) في (هـ): «بالعيب». (م ع).

(٢) في (هـ): (الدين).

(٣) أي فوجهان في أيهما يجاب؟.

(٤) في (ز) و(هـ): (أو).

(٥) في (ز): (إنه).

وفي تعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج خلاف يتفرع[١] على ما مر أن الدين هل يمنع الميراث؟ إن منعه ثبت التعلق، وإلّا فلا[٢].

وقوله: (ففي بيعه بالنقص خلاف)، أراد به أنا هل نتبين الفساد؟ على ما هو مبين في «الوسيط» ويمكن حمله على الخلاف في أنّا هل نفسخه تفريعاً على الصحة؟ واللفظ أقرب إليه، ولا يخفى أنه ليس لهذا الفصل كبير تعلق بباب الرهن، ولا شبه[٣] منه بهذا الموضع، لكن صاحب الكتاب اقتدى بإمام الحرمين في إيداع[٤] هذا الباب، إلّا أنه رسمه فرعاً في آخره[٥].

* * *

(١) أي: مبني.

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٨٥): «قلت: سواء تصرف الوارث في جميع التركة أو في بعضها ففيه الخلاف السابق، وسواء علم الوارث بالدين المقارن أم لا. قاله الشيخ نصر المقدسي، لأن ما يتعلق بحقوق الآدميين لا يختلف به. والله أعلم».

(٣) سقط من (ز)، وفي (هـ): (ولا).

(٤) في (هـ): (إيداعه).

(٥) قوله: (في آخره) سقط من (هـ).

قال رحمه الله تعالى:

(الطَّرفُ الثاني: في[1] جانبِ المرتَهن. وهو مُستحقٌّ إدامةَ اليد، ولا تُزال يدُه إلّا لأجلِ الانتفاعِ (ح) نهاراً[2]، ثم يردُّ عليه ليلًا. ولو شرطَ التعديلَ على يدِ ثالثٍ، ليثقَ كلُّ واحدٍ به: جاز. ثم ليسَ للعَدلِ تسليمُه إلى أحدِهما دونَ إذنِ صاحبِه. فإن فعلَ ضَمِنَ للآخر. ولو تغيَّرَ حالُه بالفِسقِ أو بالزِّيادةِ فيه؛ فلكلِّ واحدٍ منهما طلبُ التَّحويلِ منه إلى عدلٍ آخر).

اليد في الرهن بعد لزومه مستحَقَّةٌ للمرتهن، فإن قوام التوثق بها، ولا تُزالُ يده إلا[3] للانتفاع كما سبق، ثم يُرَدُّ إليه ليلًا.

وإن كان العبد ممن يعمل بالليل كالحارس فيرد إليه نهاراً، ولو شرطا في الابتداء وضعه في يد ثالثٍ جاز. فربما لا يثق أحدهما بالآخر ويثقان به. ولو شرطا وضعه عند اثنين، فإن نصّا على أن لكل واحد منهما الانفراد بالحفظ أو على أن يحفظاه معاً في حِرْزٍ اتُّبِعَ الشرطُ، وإن أطلقا[4] فوجهان لابن سريج:

أصحهما: أنه ليس لأحدهما أن ينفرد بالحفظ، كما لو أوصى إلى رجلين أو وكّل رجلين بشيء؛ لا يستقل أحدهما، فعلى هذا يجعلانه في حرز لهما.

والثاني: يجوز الانفراد كي لا يشق عليهما، فعلى هذا إن اتفقا على كونه عند أحدهما فذاك. وإن تنازعا والرهن مما ينقسم قُسِّم، وحَفِظَ كل واحد نصفه. وإن كان مما لا

---

(١) قوله: «في» سقط من (ز). (م ع).

(٢) سقط من (ز).

(٣) سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ز): (أطلقاه).

ينقسم، حفظه هذا مدةً وهذا مدةً. ولو قسّماه بالتراضي والتفريع على الوجه الثاني، ثم أراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه ففي جوازه وجهان[١] لابن سريج. وجه المنع: أن المشقة قد اندفعت بما جرى.

وإذا أراد العدلُ الذي وُضِع الرهن عنده ردَّه إليهما أو إلى وكيلهما. فإن كانا غائبين ولا وكيل، فهو كرد[٢] الوديعة، وسيأتي، وليس له دفعه إلى أحدهما دون إذن[٣] الآخر. فإن فعل ضَمِنَ واسترد منه إن كان باقياً، وإن تلف في يد المدفوع إليه[٤] نُظِر: إن دفعه إلى الراهن رجع المرتهن بكمال قيمته، وإن زادت على حقه ليكون رهناً مكانه ويغرم من شاء من العدل والراهن. والقرار على الراهن. فإن غرّم العدل فله أن يكلف الراهن قضاءَ الدين لفك المأخوذ منه، وإن دفعه إلى المرتهن فللراهن أن يغرم من شاء من العدل والمرتهن[٥] قيمته ليكون رهناً، والقرار على المرتهن. فإن كان الحق[٦] حالًّا والدين من جنس القيمة وقع الكلام في التقاصّ.

ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ضمن، فلو رده إليه بَرِئ.

وحكى الإمام في «النهاية» وجهاً: أنه لا يبرأ إلّا بالرد إلى المالك أو بإذنٍ جديد للعدل في أخذه[٧]، والمذهب الأول.

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٨٦): «قلت: قطع في «التهذيب» بأنه لا يجوز. والله أعلم».

(٢) في (هـ): (رد).

(٣) سقط من (ز).

(٤) في (ط الفكر): (له).

(٥) في (هـ): (أو المرتهن).

(٦) أي: الدين.

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٩٨).

وكذلك الجواب[١] لو غصب الوديعة من المودِع أو العين المكراة[٢] من المكتري أو الرهن من المرتهن ثم رد إليهم، ولو غصب اللقطة من الملتقط لم يبرأ بالرد إليه، ولو غصب من المستعير أو المستام ثم رد فوجهان، لأنهما مأذونان من جهة المالك لكنهما ضامنان.

ولو اتفق المتراهنان على نقل الرهن إلى يد عدل آخر جاز. فإن طلبه أحدهما فلا يجاب إلّا أن يتغير حاله بفسقٍ أو بضعفٍ عن الحفظ، أو يحدث بينه وبين أحدهما عداوة فيطلب نقله، فحينئذ ينقل إلى يد عدل آخر يتفقان عليه. فإن تشَاحّا وضعه الحاكم عند من يراه. فلو كان من وضعاه عنده فاسقاً في الابتداء فازداد فسقاً، فهو كما لو كان عدلاً ففسق. وكذا لو مات وأراد أحدهما إخراجه من يد وارثه، وكذا لو كان في يد المرتهن فتغير حاله أو مات كان للراهن نقله.

وفي «النهاية» نقل وجه: أنه إذا مات المرتهن لا تُزال يد ورثته، ولكن إذا لم يرض الراهن بيدهم ضمّ القاضي إليهم مشرفاً[٣].

وإذا ادَّعى العدلُ هلاكَ الرهن في يده أو ردَّه فالقول قوله مع يمينه كالمودَع، ولو أتلف الرهن عمداً أخذت منه القيمة ووضعت عند آخر. ولو أتلفه مخطئاً أو أتلفه غيرُه أخذت القيمة ووضعت عنده، هكذا ذكره الأكثرون، وفرقوا بينه وبين ما إذا كان مأذوناً في بيعه حيث لا يتمكن من بيع القيمة المأخوذة، فإن المأذون في بيع شيء لا يكون مأذوناً في بيع بدله والمستحفظ في شيء يكون مستحفظاً في بدله.

وهذا غير محل الكلام. ولضعفه ذهب الإمام إلى أنه لا بد من استحفاظٍ

(١) أي: الحكم.
(٢) أي: المستأجرة.
(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٤٢).

جديد[1]، وقياسه أن يقال: لو كان الرهن في يد المرتهن فأتلف وأخذ بدله كان للراهن أن لا يرضى بيده[2] في البدل.

وقوله في الكتاب: (فإن تغير حاله بالفسق)، لا يمكن صرف الكناية فيه إلى العدل. في قوله: (ثم ليس للعدل تسليمه)؛ لأن العدل لا يكون فاسقاً حتى يتغير حاله بالزيادة فيه، بل هي منصرفة إلى الثالث في قوله: (على يد ثالث). وما[3] أشبه ذلك.

قال:

(وللمُرتهَنِ استحقاقُ البيعِ تَقدُّماً[4] به على الغرماءِ عندَ حلولِ الدين، ولكن لا يَستقلُّ به دونَ إذنِ الرّاهن، بل يرفعُ الأمرَ إلى القاضي حتى يطالبَ الرّاهنَ أو يكلِّفَه البيع. ولو أذنَ تسليمَه[5] للعدلِ في وقت الرهن في البيعِ: لم يَجِب مراجعتُه ثانياً؛ على الأصحّ. ولو ضاعَ الثَّمنُ في يدِ العدلِ فهو أمانة. فإن سُلِّمَ إلى المرتهنِ بإذنِ الرّاهنِ ولكن أنكرَ تسليمَه؛ فهو ضامِن. فإن صدَّقه الراهن؛ ففي ضمانِه لتقصيرِه في الإشهادِ خِلاف. ولا يبيعُ العدلُ إلّا بثمنِ المِثل. فإن طلبَ بزيادةٍ في مجلسِ العَقد، حُوِّلَ العَقدُ إلى الطـالب).

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٢٢).

(٢) في (هـ): (يده).

(٣) في (ز) و(هـ): (أو ما).

(٤) في (ز): «مُقدَّماً». (م ع).

(٥) سقط من (ط الفكر) و(ز).

المرتهن يستحق بيع المرهون(١) عند الحاجة، ويتقدم بثمنه(٢) على سائر الغرماء، وإنما يبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن. فلو لم يأذن المرتهن وأراد الراهنُ بيعَه قال له القاضي: ائذن في بيعه وخذ حقك من ثمن أو أبرئه. وإن طلب المرتهن البيع وأبى الراهن ولم يقبض الدين أجبره الحاكم على قضائه أو البيع إما بنفسه أو بوكيله، فإن أخر باعه الحاكم. وعند أبي حنيفة(٣): لا يبيعه ولكن يحبس الراهن حتى يبيع.

ولو كان الراهن غائباً أثبت الحال عند الحاكم حتى يبيعه(٤) فإن لم تكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكمٌ فله بيعه بنفسه كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة له أن يبيع ويأخذ(٥) حقه من ثمنه.

ثم في الفصل مسائل:

إحداها: لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه بنفسه فباع في غيبة الراهن فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال مالك(٦) وأبو حنيفة(٧)، وأحمد(٨) ـ: أنه يصح البيع، كما لو أذن له في بيع مال آخر.

وأصحهما: المنع، لأنه يبيعه لغرض نفسه فيكون متهماً في الاستعجال وترك النظر،

---

(١) في (هـ): (الرهن).

(٢) في (هـ): (ثمنه).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٨٧، ٦٠٤)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٤٦).

(٤) من قوله: (ولو كان) إلى هنا سقط من (ز).

(٥) في (ز) و(هـ): (له بيعه ويأخذ).

(٦) «جواهر الإكليل» (٢/ ٨٣).

(٧) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٤٦).

(٨) «كشاف القناع» (٣/ ٣٤٣).

وإن باعه بحضوره صح لانقطاع التهمة، هذا ظاهر النص حيث قال: (ولو شرط للمرتهن إذا حلَّ الحق أن يبيعه لم يجز أن يبيع لنفسه إلّا بأن يحضر رب الرهن).

وفيه وجه: أنه لا يصح أيضاً، لأنه توكيل فيما يتعلق بحقه، فعلى هذا لا يصح توكيله ببيعه أصلاً.

ويتفرع عليه: أنه لو شرط ذلك في ابتداء الرهن، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع فالبيع باطل، وإن كان رَهْنَ تَبرُّعٍ فعلى القولين في الشروط الفاسدة النافعة للمرتهن أنها هل تبطل الرهن؟ وعلى الأول، وهو المذهب، في لفظ[1] الراهن في الإذن تفصيل مذكور في الكتاب من بعد.

وإذن الوارث لغرماء[2] الميت في بيع التركة كإذن الراهن للمرتهن[3]. وكذا إذن السيد للمجني عليه في بيع العبد الجاني، قاله الشيخ أبو حامد. والله أعلم.

واعلم أن صاحب الكتاب قدر صحة البيع من[4] المرتهن[5] مفروغاً منه[6] متفقاً عليه، وتكلم في أنه لا يستقل به المرتهن[7]، وكذلك ساق الإمام[8] وأَوَّل النصَّ الذي سبق على شيء آخر سنذكره إن شاء الله تعالى.

---

(١) في (ط الفكر): (نص لفظ).

(٢) في (ز) و(هـ): (غرماء).

(٣) في (هـ): (المرتهن).

(٤) في (ط الفكر): (في).

(٥) قوله: (من المرتهن) سقط من (ز).

(٦) في (ز) و(هـ): (عنه).

(٧) سقط من (ز).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٩٩).

[المسألة](1) الثانية: إذا وضعا الرهن عند عدل بشرط(2) أن يبيعه عند المحل جاز، ثم في اشتراط مراجعة الراهن وتجديد إذنه عند البيع وجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: يشترط، لأنه قد يكون له غرض في استبقاء المرهون ويريد قضاء الحق من غيره.

وأصحهما ـ عند الإمام وصاحب الكتاب، وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه لا يشترط، لأن الأصل دوام الإذن الأول(3).

وأما المرتهن فجواب العراقيين: أنه لا بد من مراجعته ويحصل إذنه ثانياً، ولم يجروا فيه الخلاف، ووجهوه بأن المرهون إنما يباع لإيصال حقه إليه، وذلك يستدعي مطالبته بالحق فليُراجَع ليعرف أنه مطالِب أو ممهِّل أو مُبْرِئ.

وقال الإمام: لا خلاف في أن المرتهن لا يراجع؛ لأن غرضه توفية(4) الحق بخلاف الراهن فإنه قد يستبقي العين لنفسه(5)، فتأمل في بُعْدِ إحدى الطريقتين عن الأخرى.

ولو عزل الراهن العدلَ قبل البيع انعزل. وبه قال أحمد(6) كسائر الوكلاء في سائر الأعمال. وقال مالك(7) وأبو حنيفة(8): لا ينعزل.

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة للإيضاح.

(2) في (ز) و(هـ): (وشرطا).

(3) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٨٣)، و«الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥٠٦)، و«المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٧٧).

(4) في (ط الفكر) و(هـ): (تقوية).

(5) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٨٣).

(6) «كشاف القناع» (٣/ ٣٥٠).

(7) سقط: (مالك) من (ز)، انظر رأي مالك: «جواهر الإكليل» (٢/ ٨٤).

(8) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٠).

ولو عزله المرتهن فوجهان:

أحدهما ـ وهو ظاهر النص ـ: أنه ينعزل كما لو عزله الراهن، لأنه يتصرف لهما جميعاً[١].

وأظهرهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: لا ينعزل لأنه وكيل الراهن[٢]؛ إذ المرهونُ له[٣]. وإذن المرتهن شرط جواز التصرف، ولا كلام[٤] في أنه لو منعه من البيع لم يبع، وكذلك لو مات أحدهما.

وإذا قلنا: لا ينعزل بعزل المرتهن، فلو عاد إلى الإذن جاز البيع ولم يشترط تجديد توكيل من الراهن. قال في «الوسيط»: ومساق هذا أنه لو عزله الراهنُ ثم عاد ووكل افتقر إلى تجديد إذن المرتهن، ويلزم عليه أن يقال: لا يعتد بإذن المرتهن قبل توكيل الراهن، ولا[٥] بإذن المرأة للوكيل قبل توكيل الولي إياه، والكل محتمل[٦].

[**المسألة**][٧] **الثالثة**: إذا باع العدل وأخذ الثمن فهو أمين، والثمن من ضمان الراهن إلى أن يتسلمه المرتهن. وبه قال أحمد[٨]، خلافاً لأبي حنيفة[٩] ومالك[١٠]، حيث قالا: هو من ضمان المرتهن.

---

(١) من قوله: (أحدهما وهو) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٧٧).

(٣) أي: أنه مالك.

(٤) أي: ولا خلاف.

(٥) سقط: (لا) من (ز) و(هـ).

(٦) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥٠٦).

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة للإيضاح.

(٨) قال في «كشاف القناع» (٣/ ٣٤٨): «وإذا باع العدل الرهن بيعاً فاسداً وجب رده. فإن تعذر رده فللمرتهن تضمين من شاء من العدل والمشتري».

(٩) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٠).

(١٠) «جواهر الإكليل» (٢/ ٨١).

لنا: أن الثمن ملك الراهن، والعدل أمينه، فما تلف في يده يكون من ضمان المالك. ولو تلف الثمن في يد العدل ثم خرج الرهن مستحقاً فالمشتري بالخيار بين أن يرجع بالثمن على العدل وبين أن يرجع على الراهن[1]، ولو كان العدل قد باع بإذن الحاكم لموت الراهن أو غيبته وتلف الثمن وخرج المرهون[2][3] مستحقاً فللمشتري الرجوع في مال الراهن، ولا يكون العدل طريقاً للضمان في أصح الوجهين، لأنه نائب الحاكم، والحاكم لا يطالب، فكذلك نائبه.

والثاني: يكون طريقاً كالوكيل والوصي.

وإذا ادعى العدل تلف الثمن في يده قُبِل قولُه مع يمينه، فإن ادَّعى تسليمه إلى المرتهن وأنكر المرتهنُ فالقول قول المرتهن مع يمينه.

وعن أبي حنيفة[4]: أن القول قولُ العدل مع يمينه.

وإذا حلف المرتهن أخذ حقه من الراهن، ويرجع الراهن على العدل، وإن كان قد أذن له في التسليم. نعم، لو أذن أولاً وصدقه في التسليم[5] فوجهان:

أظهرهما: أنه يضمن أيضاً لتقصيره بترك الإشهاد.

والثاني: لا، لاعتراف الراهن بأنه امتثل ما أمره به والمرتهن ظالم فيما يأخذه. وبهذا قال ابن الوكيل. والوجهان فيما إذا أطلق الإذن في التسليم، فأما إذا شرط عليه الإشهاد فتركه ضمن بلا خلاف.

---

(١) في (ز): (الراهن والقرار على الراهن).

(٢) في (ز): (الرهن).

(٣) من قوله: (ولو كان) إلى هنا سقط من (هـ).

(٤) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٠ - ٦٠٢).

(٥) قوله: (في التسليم) سقط من (ز).

وإذا ضمن[1] بترك الإشهاد فلو قال: «أشهدت ومات شهودي» وصدَّقه الراهن، فلا ضمان، وإن كذبه فوجهان نشرحهما مع ما يناسب هذه الصورة[2] في الضمان إن شاء الله تعالى.

[المسألة][3] **الرابعة**: إذا جاز للعدل البيع لم يبع إلّا بثمن المثل أو ما دونه في قدر ما يتغابن به الناس، وليكن ذلك من نقد البلد حالاً، فإن أَخَلَّ[4] بشيء من هذه الشروط لم يصح البيع. وعن القاضي أبي حامد حكاية وجهٍ أنه لو باع نسيئة صح، ولا اعتبار به[5]، ولو سلم إلى المشتري صار ضامناً.

ثم للمبيع حالتان:

إحداهما: أن يكون باقياً فيسترد، ويجوز للعدل بيعه بالإذن السابق. وإن صار مضموناً عليه، فإذا باعه وأخذ الثمن لم يكن الثمن مضموناً عليه، لأنه لم يتعد فيه.

الثانية: أن يهلك في يده، فإن كان قد باع بغير نقد البلد أو نسيئةً فالراهن بالخيار في تغريم مَنْ شاء من العدل والمشتري كمال قيمته. وإن باع بدون ثمن المثل فقولان:

أصحهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أن الحكم كذلك، لأنه أخرجه من يده على وجه غير متبوع[6].

---

(١) في (ز) و(هـ): (ضمناه).

(٢) في (ز) و(هـ): (الصور).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة للإيضاح.

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (أجل) وهو خطأ.

(٥) أي: بهذا الوجه.

(٦) في (ز) و(هـ): (مسوّغ).
«المهذّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١١١).

والثاني: أنه إن غرم العدل حط النقصان الذي كان محتملاً في الابتداء. مثاله: لو كان ثمن مثله عشرة وكان يتغابن فيه بدرهم فباعه بثمانية يغرم تسعة، ويأخذ الدرهم الباقي من المشتري، هكذا نقلوه، وغالب الظن طرد هذا الخلاف في البيع بغير نقد البلد[١] والنسيئة، وإن اتفق النص على القولين[٢] في الغبن، ويؤيده أن صاحب «التهذيب» في آخرين جعلوا كيفية تغريم الوكيل إذا باع على أحد هذه الوجوه وسلّم على الخلاف وسوّوا بين الصور الثلاث[٣]، ومعلوم أنه لا فرق بين العدل في الرهن وبين سائر الوكلاء، وعلى كل حال فالقرار على المشتري لحصول الهلاك عنده. والله أعلم.

فرع:

لو قال أحد المتراهنين: «بعه بالدراهم»، وقال الآخر: «بالدنانير»، لم يبع بواحد منهما لاختلافهما في الإذن، لكن يرفع[٤] الأمر إلى الحاكم ليبيع بنقد البلد، ثم إن كان الحق من جنس نقد البلد فذاك، وإلّا صرف نقد البلد إليه، ولو رأى الحاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن جاز.

[**المسألة**][٥] **الخامسة**: إذا باع بثمن المثل ثم زاد راغب قبل التفرق فليفسخ العقد[٦] وليبعه منه، فإن لم يفعل فوجهان:

أحدهما: أن البيع لا ينفسخ لأن حصول الزيادة غير موثوق به.

---

(١) في (ط الفكر): (نص نقد).

(٢) أي: يخالف الأمرين الآخرين.

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٦٥).

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (يرفعان).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة للإيضاح.

(٦) في (ز): (البيع).

وأصحهما: الانفساخ، لأن مجلس العقد كحالة العقد، وليس له أن يبيع بثمن المثل وهناك من يبذل زيادة، فعلى هذا لو بدا للراغب؛ نظِر: إن كان قبل التمكن من البيع منه، فالبيع[١] الأول بحاله، وإن كان بعده فقد ارتفع[٢] ذلك البيع، فلا بد من بيع جديد، وفي طريقة الصيدلاني: أنه إذا بدا له بان أن[٣] البيع بحاله كما لو بذل الابن الطاعة لأبيه في الحج، وجعلناه مستطيعاً به ثم رجع عن الطاعة قبل أن يحج أهل بلده فإنا نتبين عدم الوجوب. ولو لم يفسخ العدل البيعَ[٤] الأول وباع من الراغب ففي كونه فسخاً لذلك البيع، ثم في صحته في نفسه خلافٌ سبق في البيع. وأشار الإمام في المسألة إلى شيء آخر؛ وهو أن الوكيل بالبيع لو باع ثم فسخ البيع، هل يُمَكَّن[٥] من البيع مرة أخرى؟ فيه خلاف[٦].

والأمر[٧] بالبيع من الراغب هاهنا جوابٌ[٨] على أنه يتمكن منه أو مفروض فيما إذا صرح في الإذن بذلك، وأكثر هذه المسائل يطرد في جميع الوكالات[٩].

---

(١) سقط من (هـ).

(٢) أي: بطل.

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: «بأنه بان». (م ع).

(٤) في (ط الفكر): (ولو لم ينفسخ العقد في البيع).

(٥) في (ز): (يتمكن).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٨٥).

(٧) في (ز): (فالأمر).

(٨) أي: تفريع.

(٩) قال في «الروضة» (٤/ ٩٣): «قلت: قوله: فزاد راغب قبل التفرق فيه نقص. وكان ينبغي أن يقول: قبل انقضاء الخيار ليعم خياري المجلس والشرط. فإن حكمهما في هذا سواء. صرّح به صاحب «الشامل» وغيره. قال أصحابنا: ولو زاد الراغب بعد انقضاء الخيار لزم البيع. ولا أثر للزيادة، لكن يستحب للعدل أن يستقيل المشتري ليبيعه بالزيادة للراغب أو لهذا المشتري إن شاء. والله أعلم».

قال:

(وعلى الرّاهنِ مؤونةُ المرهون، وأجرةُ الإسطبل (ح)، وعلفُ الدابة، وسقيُ الأشجار، ومؤونةُ الجذاذِ من خاصِّ مالِه؛ على الأصحّ. وقيل: إنه يباعُ فيه[1] جزءٌ من المرهون. فإن كانَ بحيثُ تهلِكُه النفقة: يباع؛ كما يُفعلُ بما يتسارعُ إليه الفساد. ولا يمنعُ الرّاهن من الفصدِ والحجامةِ والختان. ويمنعُ من قطعِ سلعةٍ فيه خطر).

مؤونات الرهن التي بها يبقى الرهن كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة على الراهن، لما روي أنه ﷺ قال: «لا يغلق الرهن من راهنه، له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُهُ»[2].

قوله: «من راهنه»، أي: من ضمان راهنه. وفي معناه: سقي الأشجار والكروم ومؤونة الجذاذ وتجفيف الثمار وأجرة الإسطبل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون إذا لم يتبرع به المرتهن أو العدل، وأجرة من يرد العبد من الإباق، وما أشبه ذلك.

---

(١) سقط من (هـ).

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه مع «الإحسان» (٧/ ٥٧٠)، برقم (٥٩٠٤)، في الرهن عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهنُ، له غنمه وعليه غرمه». والحاكم (٢/ ٥٠ - ٥١)، في البيوع وقال: «صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، لخلاف فيه على أصحاب الزهري. وقد تابعه مالك وابن أبي ذئب وسليمان ابن أبي داود الحراني ومحمد بن الوليد الزبيدي ومعمر بن راشد على هذه الرواية». ثم ذكر متابعاتهم بأسانيدها.

والدار قطني (٣/ ٣٢)، برقم (١٢٦)، وقال: «وهذا إسناد حسن متصل».

وأخرجه مرسلاً عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ أبو داود في مراسيله وصححه، وعبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما. لكنهم قالوا: إن قوله: «له غنمه وعليه غرمه» من كلام ابن المسيب.

انظر للتفصيل: «نصب الراية» (٤/ ٣١٩ - ٣٢٠)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٦ - ٣٧). وفي نسخة (ط الفكر) و(ز) للعزيز: «له غرمه وعليه غنمه» وهو تحريف.

ثم حكى الإمام والمتولي وجهين في أن هذه المؤونات هل يجبر الراهن عليها حتى يقوم بها من خالص ماله؟:

أصحهما: الإجبار، استبقاء لوثيقة المرتهن[١].

والثاني ـ عن الشيخ أبي محمد وغيره ـ: أنه لا يُجبَر عند الامتناع، ولكن يبيع القاضي جزءاً من المرهون بحسب[٢] الحاجة[٣].

وقد فرَّع الإمام على هذا:

أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل ألحق بما يفسد قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهناً[٤].

ولك أن تقول: هذا إما أن يلحق بما لا يتسارع إليه الفساد ثم عرض ما أفسده[٥]، أو بما يتسارع إليه الفساد. ولا وجه للأول، لأن العارض ثَمَّ اتفاقيٌّ غير متوقع والحاجة إلى هذه المؤونات معلومة محققة. وإن كان الثاني، لزم إثبات الخلاف المذكور في رهن ما يتسارع إليه الفساد، وفي رهن كل[٦] ما يحتاج إلى نفقة أو مكانٍ يحفظ فيه، وبه يظهر ضعف الوجه من أصله.

وإذا قلنا بالأصح، فلو لم يكن للراهن شيء أو لم يكن حاضراً باع الحاكم جزءاً من المرهون واكترى به بيتاً يحفظ فيه الرهن، هكذا قاله الأئمة. وقد مر في مؤونة السقي والجذاذ والتجفيف مثله.

---

(١) في (هـ): (الرهن).

(٢) في (ز): (فيها بحسب).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٥٤).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٥٦).

(٥) في (هـ): (الفساد وعوض ما أفسده).

(٦) من قوله: (ما يتسارع) إلى هنا سقط من (ز).

وأما المؤونات الدائمة[١] فيشبه أن يقال: حكمها حكم ما لو هرب الجمال[٢] المكتراة[٣] أو عجز عن الاتفاق عليها[٤]. هذه إحدى مسألتي الفصل.

والثانية: أنه لا يمنع الراهن من أن يفعل بالمرهون ما فيه منفعته[٥] كفصد العبد وحجامته، وتوديج[٦] الدابة وبزغها[٧] والمعالجة بالأدوية والمراهم، لكن لا يجبر عليها بخلاف النفقة.

وأجرى صاحب «التتمة» الوجهين في المداواة، ثم إن كانت المداواة فيما يرجى نفعه ولا يخاف منه غائلة[٨] فذاك، وإن كان يخاف، فعن أبي إسحاق أن للمرتهن المنع منه[٩].

---

(١) في (ز) و(هـ): (الدائرة).

(٢) في (ز) و(ط الفكر): (الجمال وترك الجمال).

(٣) في (ز): (المكراة).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٩٤): «قلت: قال القاضي أبو الطيب: إن قال المرتهن: أنا أنفق عليه لأرجع في مال الراهن، أذن له الحاكم. فإن انفق وأراد أن يكون رهناً بالنفقة والدين فهو كفدائه المرهون الجاني على أن يكون رهناً بالدين والفداء، وقد نص على جوازه، وفيه طريقان تقدما، والمذهب الصحة. فإن أنفق بغير إذن الحاكم فإن أمكنه الحاكم أو لم يمكّنه ولم يشهد فلا رجوع، وإن أشهد فوجهان بناءً على هرب الجمال، والله أعلم».

(٥) في (ز): (مصلحته).

(٦) الوَدَجُ: عرق في العنق حيثما قطِع مات صاحبه، وَدَجْتُ الدابَّةَ وَدْجاً: قطعت وَدَجَهَا ووَدَّجْتُهَا بالتثقيل مبالغةٌ، وهو لها كالفصد للإنسان، لأنه يقال: ودجتُ المال إذا أصلحته.
انظر: «المصباح المنير» مادة: ودج.

(٧) بَزَغَ البَيْطارُ والحاجِم: أي شَرَطَ وأسالَ الدم. «المصباح المنير»، مادة: بزغ.

(٨) هي الفساد والشر، «المصباح المنير»، مادة: غول.

(٩) سقط من (ز).
«المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ٩٨).

وقال أبـو علي الطبري: لا يمنع[١]، ويكتفي بأن الغـالـب منه السلامة، واختاره القاضي أبو الطيب.

ويجري الخلاف في قطع اليد المتآكلة إذا كان في قطعها وتركها خطرٌ، فإن كان الخطر بالترك دون القطع فله القطع، وليس له قطع سلعة وإصبع لا خطر في تركها[٢] إذا خيف منه ضرر، فإن كان الغالب السلامة ففيه الخلاف.

وله أن يختن العبد والأمة في وقت اعتدال الهواء إن كان يندمل قبل حلول الأجل، لأنه أمر لا بد منه، والغالب فيه السلامة، وإن لم يندمل وكان فيه نقصٌ لم يجز.

وكذلك لو كان به عارض يخاف معه من الختان[٣].

ووراء هذه صورتان:

إحداهما: له تأبير النخل المرهونة. ولو ازدحمت، وقال أهل البصر[٤]: تحويلها أنفع؛ جاز تحويلها. وكذا لو رأى[٥] قطع البعض لصلاح الأكثر، ثم ما يقطع منها أو يجف يبقى مرهوناً بخلاف ما يحدث من السعف[٦] ويجف؛ فإن الراهن يختص

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٩٤): «قلت: أصحهما -أي: أصح الوجهين ـ: لا، والله أعلم».

(٢) في (ز): (تركهما).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٩٥): «قلت: كذا أطلق أكثر الأصحاب أو كثيرون منهم جواز الختان من غير فرق بين الصغير والكبير. وصرّح المتولي والشيخ نصر بأنه لا فرق. وقال صاحب «المهذب» ومن تابعه: يمنع من ختان الكبير دون الصغير لخوف التلف. وهذا ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر». ويؤيده أنهم عدّوا عدمَ الختان عيباً في الكبير دون الصغير كما سبق. والله أعلم».

(٤) في (ز): (النظر) وفي المطبوع: «الخبرة». والتأبير: هو التلقيح. «المصباح المنير»، مادة: أبر.

(٥) في (ز) (هـ): (رأوا).

(٦) السَّعَفُ: أَغْصَانُ النَّخْل ما دامت بالخَوْصِ، فإن زال الخوْصُ عنها قيل: جَرِيدٌ، والواحدة: سَعَفَةٌ مثل قَصَبٍ وقَصَبَةٍ، «المصباح المنير»، مادة: سعف.

بها[١] وينزل منزلة الثمار، وما كان ظاهراً منها عند الرهن[٢]، قال في «التتمة»: فهو[٣] مرهون، وقال في «الشامل»: لا فرق[٤].

الثانية: لا يمنع من رعي الماشية في وقت الأمن، وتأوي ليلاً إلى يد المرتهن أو العدل. وإذا أراد الراهن أن يبعد في طلب النُّجعة[٥] وبالقرب ما يبلغ منها مبلغاً، فللمرتهن المنع، وإلّا فلا منع، وتأوي إلى يد عدل يتفقان عليه أو ينصبه الحاكم. وإن أراد المرتهن ذلك وليس بالقرب ما يكفي فلا منع[٦]. وكذا لو أراد نقل المتاع من بيت غير محرز إلى محرز[٧].

ولو بيعا بهما المكان[٨] وأرادا الانتقال؛ نظِر: إن انتقلا إلى أرض واحدة فلا إشكال، وإلّا جعلت الماشية مع الراهن ويحتاط ليلاً كما سبق.

وقوله في الكتاب: (وأجرة الاصطبل)، معلم بالحاء، لأن عنده[٩] مؤونة البيت والإسطبل على المرتهن إن لم يزد الرهن على قدر الدين، فإن زاد فقسط الزيادة على الراهن، وبمثله أجاب في المداواة وأجرة رد الآبق. وقوله: (على الأصحّ)، يتعلق بقوله:

---

(١) لأنها ليست مرهونةً.

(٢) في (ز): (البيع).

(٣) في (ز): (هو)، وفي (هـ): (وهو).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٩٥): «قلت: قال القاضي أبو الطيب: وما يحصل من الليف والعراجين والكرب كالسعف. والكرب بفتح الكاف والراء: أصول السعف. والله أعلم».

(٥) النُّجْعَة: بضم النون: الكلأ والعلف، «المصباح المنير»، مادة: نجع.

(٦) في (ز): (فلا يمنع)، وفي (هـ): (فلا يمتنع).

(٧) أي: محفوظ. «المصباح المنير»، مادة: حرز.

(٨) في (ز): (ولو بناها المكان).

(٩) «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٨٩).

(من خالص ماله). لا بأصل لزوم المؤونة عليه. فالمقابل[١] للأصح قوله: (وقيل: يباع...) إلى آخره.

قال:

(والمرهونُ أمانةٌ في (ح)[٢] يده. ولا يسقطُ (ح) بتلفِه[٣] شيءٌ من الدَّين. ولو أذنَ له في الغِراسِ بعدَ شهر؛ فهو بعدَ الغراسِ[٤] عاريةٌ مَضمونة. وإن شرطَ أن يكونَ مبيعاً منه بعدَ شهرٍ بالدَّين، فهو بعدَ الشَّهرِ مَضمون؛ لأنه مبيعٌ[٥] بيعاً فاسداً. وللفسادِ حكمُ الصِّحّةِ في ضمانِ العقود. ولو ادّعى المرتهنُ تلفاً أو ردّاً؛ فهو كالمودَعِ عندَ المراوزة. والقولُ قولُه. وطرَدوا ذلكَ في المستأجِر. وكل يدٍ هي[٦] غيرُ مُضمَنة. وقال العراقيّون: يختصُّ ذلكَ بالوديعةِ وبالوكيلِ بغيرِ أجرة، ومن[٧] عداهما يطلبُ[٨] بالبيِّنةِ قياساً؛ لأن المودعَ وقعَ الاعترافُ بصدقِه وأمانتِه دونَ غيرِه. والمرتهَنُ من الغاصبِ عندَ المراوزة، كالمودعِ من الغاصِب، يطالبُ ولا يَستقرُّ الضَّمانُ عليه؛ وإن تلفَ في يدِه، وكذا المستأجِر، بخلافِ المستعيرِ والمستام، وعندَ العراقيِّينَ في مطالبتِهم وجهان، ثم في قرارِ الضَّمانِ بعدَ المطالبةِ وجهانِ آخران).

---

(١) في (ز) و(هـ): (والمقابل).

(٢) في المطبوع: (ح) بعد «أمانة»، وقبل «في».

(٣) في (ز): (بنفقة).

(٤) في (هـ): (الشهر).

(٥) من قوله: (مبيعاً منه) إلى هنا سقط من (هـ).

(٦) سقط من (ز).

(٧) في (هـ): (وما).

(٨) في (ز): (يطالب).

في الفصل أصلان، وفروع:

أحد الأصلين: أن المرهون أمانة في يد المرتهن لا يسقط بتلفه شيء من الدين ولا يلزمه ضمانه إلّا إذا تعدى فيه، وبهذا قال أحمد[١].

وقال أبو حنيفة[٢]: وهو مضمون بالأقل من قيمته أو[٣] الدين، فإن كانت قيمته أقل سقط بتلفه من الدين قدر قيمته، وإلّا سقط الدين ولا يضمن الزيادة.

وقال مالك[٤]: ما يظهر هلاكه كالحيوان والعقار والأشجار أمانةٌ، وما يخفى هلاكه كالنقود والعروض مضمون بالدين، لأنه يتهم فيه.

لنا: أن بعض المرهون أمانة، فكذلك كله كالوديعة، وأيضاً: فإن الرهن شرع وثيقة للدين، فهلاك محله لا يسقطه[٥] كموت الكفيل.

وإذا بَرِئ الراهن عن الدين بأداء أو إبراء أو حوالة كان الرهن أمانة أيضاً في يد المرتهن، ولا يصير مضموناً عليه إلّا إذا امتنع من الرد بعد المطالبة. قال ابن الصباغ: ينبغي أن يكون المرتهن بعد الإبراء كمن طيّر الريحُ ثوباً من داره حتى يعلم المرتهن به أو يرده، لأنه لم يرض بيده إلّا على سبيل الوثيقة.

والأصل الثاني: أن كل عقد يقتضي صحيحُه الضمانَ، فكذلك فاسدُه، وما لا

---

(١) «المغني» (٤/ ٤٣٨).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٨٦).

(٣) في (ز): (و).

(٤) قال في «القوانين الفقهية» ص٢١٣ في ضمان الرهن إذا تلف: «إذا كان مما لا يغاب عليه فضمانه من الرهن كالعقار والحيوان. وإن كان مما يغاب عليه كسائر الأشياء فضمانه من القبض من المرتهن إلّا أن تقوم بهلاكه بينة، وإن كان على يد أمين فضمانه من الراهن».

(٥) في (ز) و(هـ): (لا يسقط).

يقتضي صحيحُه الضمانَ فكذلك فاسده. أما الطرف الأول، فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى باقتضائه. وأما الثاني، فلأن من أثبت اليد[1] أثبته عن إذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضماناً. ولا يكاد يوجد التسليم والتسلم إلّا من معتقدي الصحة.

وأما الفروع فأربعة:

أحدها: لو أعار المرهون من المرتهن لينتفع به ضمنه. وعند أبي حنيفة[2]: يخرج عن كونه مضموناً بناءً على أن العارية غير مضمونة. ولو رهنه أرضاً وأذن له في الغراس بعد الشهر فهي[3] عارية، وقبله أمانة. حتى لو غرس قبله قلع، ولو غرس بعده فسيأتي الحكم في العارية. وقوله في الكتاب: (فهو بعد الغراس عارية)، يجب تأويله، لأنه بعد الشهر عاريةٌ غَرَسَ أو لم يغرس.

وثانيها: لو رهن منه مالاً على أنه إذا حلّ الأجل فهو مبيع منه أو على أن يكون مبيعاً منه بعد شهر، فالرهن والبيع فاسدان. أما الرهن، فلكونه مؤقتاً. وأما البيع، فلكونه مشروطاً. ويكون المالُ أمانةً في يده قبل دخول وقت البيع، وبعده مضموناً، لأن البيع عقد ضمان. ونقل في «النهاية» وجهاً أنه إنما يصير مضموناً إذا أمسكه عن جهة البيع، أما إذا أمسكه عن[4] موجب الرهن فلا[5]. والمذهب الأول. فلو كان أرضاً فغرس فيها المرتهن أو بنى قبل دخول وقت البيع، قلع مجاناً، وكذا لو غرس بعده وهو عالم بفساد البيع. وإن كان جاهلاً لم يقلع مجاناً لوقوعه بإذن المالك وجهله بعدم الجواز، فيكون الحكم كما لو غرس من[6] المستعير ورجع المعير.

---

(١) في (ز) و(هـ): (اليد عليه).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٩٣).

(٣) في (ز): (فهو).

(٤) في (ز): (على).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٣١).

(٦) سقط من (ز).

وثالثها: إذا ادعى المرتهن تلف الرهن في يده[١] قُبِل قوله مع يمينه. وعن مالك[٢]: أنه إن خفي هلاكه لم يقبل، وإن ادَّعى رده إلى الراهن فطريقة العراقيين من أصحابنا: أن القول قول الراهن مع يمينه، ولا يقبل قول المرتهن إلّا ببينة، لأنه أخذه لمنفعة نفسه، فأشبه المستعير، ويخالف دعوى التلف، لأنه لا يتعلق بالاختيار فلا تساعد[٣] فيه البينة. قالوا: وكذا الحكم في المستأجر إذا ادعى الرد. ويقبل قول المودَع والوكيل بغير الجُعْل مع اليمين، لأنهما أخذا المال بمحض[٤] غرض المالك وقد ائتمنهما فليصدقهما. وفي الوكيل بالجعل والمضارب والأجير المشترك إذا لم يضمنه ذكرنا[٥] وجهين:

أحدهما: أنهم مطالبون بالبينة لأنهم أخذوا لغرض أنفسهم في الأجرة والربح.

وأصحهما: أنه يقبلُ قولهم مع أيمانهم، لأنهم أخذوا العين لمنفعة المالك وانتفاعهم بالعمل في العين لا بالعين، بخلاف المرتهن والمستأجر. وهذه الطريقة هي التي سلكها أكثر الأصحاب سيّما قُدَمَاؤهُم، وتابعهم القاضي الروياني. وذهب بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم إلى أن كل أمين يصدق في دعوى الرد كالمودع، قالوا: ولا عبرة بمنفعته[٦] في الأخذ كما لا عبرة بها[٧] في وجوب الضمان عند التلف[٨] بخلاف المستعير والمستام.

---

(١) في (ز): (المرتهن بأن الرهن تلف في يده).

(٢) «القوانين الفقهية» ص٢١٣.

(٣) في (هـ): (فلا يساعد).

(٤) في (ز) و(هـ): (لمحض).

(٥) في (ز) و(هـ): (ذكروا).

(٦) في (هـ): (منفعته).

(٧) سقط: (بها) من (ز).

(٨) قوله: (عند التلف) سقط من (ز).

واعرف في لفظ الكتاب من الفرع شيئين:

أحدهما: أنه سوّى بين التلف والرد، وساق الطريقين في دعواهما جميعاً، وليس كذلك، بل الكل مُطبِقُون على تصديقه في دعوى التلف، وإنما الاختلاف في الرد. واعلم أن قولنا: يقبل قوله في التلف، نريد به القبول في الجملة. وله تفصيل نذكره في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى[١].

والثاني: أنه لم يَـحْكِ طريقة العراقيين بتمـامها ولم يستوعب مواضع الوفاق والـخلاف بالذكر. ولفظه في تخصيص التصديق بالمودع والوكيل بغير جُعْلٍ لا يستمر إلّا على أحد الوجهين اللذَيْن نقلوهما.

وقوله: (لأن الـمودع وقع[٢] الاعتراف بصدقه وأمانته)، لا يتضح بها الفرق، إذ لا بُعْدَ في أن يقال: كل أمين يقع[٣] الاعتراف بصدقه وأمانته، والذي ذكروه في الفرق أن الوديعة ائتمان محض لا غرض للآخذ فيها كما مر.

ورابعها: لو رهن الغاصب المغصوب من[٤] إنسان فتلف في يد المرتهن فللمالك تضمين الغاصب، وفي تضمين المرتهن طريقان:

قال العراقيون: فيه وجهان لابن سريج:

أحدهما: أنه لا يطالب بالضمان، لأن يده يد أمانة.

---

(١) في (ز) و(هـ): (كتاب الوديعة أو قبله).

(٢) في (ز): (نقل).

(٣) في (ز) و(هـ): (وقع).

(٤) أي: عند.

وأصحهما: أنه يطالب لتفرّع يده على يد الغاصب، وعدم ائتمان المالك إياه، وعلى هذا فيستقر الضمان عليه أم يرجع على الغاصب؟ فيه وجهان:

أحدهما: يستقر لحصول التلف عنده، فينزل التلف منزلة الإتلاف في المغصوبات.

وأظهرهما: أنه يرجع لتغرير الغاصب إياه وعدم التعدي منه، هذه طريقة. وعن[1] المراوزة القطع بالمطالبة وعدم الاستقرار، والطريقان جاريان في المستأجر من الغاصب والمودع منه والمضارب، والذي دفع المغصوب إليه ووكله ببيعه. وكل ذلك فيما إذا جهلوا كونه مغصوباً. فإن علموا فهم غاصبون أيضاً. وأما المستعير والمستام[2] فيطالبان ويستقر عليهما الضمان، لأن يد كل واحد منهما يد ضمان. وهذه الصور تعود في الغصب.

وقوله في الكتاب: (وعند العراقيين في مطالبتهم وجهان)، يرجع إلى المرتهن والمستأجر والمودع دون المستعير والمستام.

ومن الفروع التي تندرج في الفصل: أنه لو رهن بشرط أن يكون مضموناً على المرتهن يفسد الشرط والرهن، ثم لا يكون مضموناً عليه.

ومنها: لو قال: «خذ هذا الكيس واستوفِ حقك منه»، فهو أمانة في يده قبل أن يستوفي حقه[3]، فإذا استوفى حقه منه كان[4] مضموناً عليه. ولو قال وفيه دراهم: «خذه[5] بدراهمك» وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القدر أو كانت أكثر من دراهمه

---

(١) أي: نقل عن المراوزة طريقة ثانية.

(٢) في (ط الفكر) و(هـ): (أيضاً والمستعير منه والمستام).

(٣) في (ز) و(هـ): (حقه منه).

(٤) في (ز): (صار).

(٥) في (هـ): (خذ).

لم يملكه، ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد، وإن كانت معلومة وبقدر حقه ملكها. ولو قال: «خذ هذا العبد بحقك» ولم يكن سَلَماً[1] فقبِل مَلَكَه، وإن لم يقبله وأخذه دخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد.

قال:

(والمرتهَنُ ممنوعٌ من كلِّ تصرُّفٍ قولاً وفعلاً. فإن وطئَ فهو زانٍ (ح)، وإن ظنَّ إباحةً فواطئٌ بالشُّبهة. فإن أذنَ له الرّاهنُ وعلمَ التَّحريمَ فزانٍ. وقيل: مذهبُ عطاءٍ في إباحةِ الجواري بالإذنِ شُبهة. وإن ظنَّ حِلاً[2] فواطئٌ بالشُّبهة. وفي وجوبِ المهرِ عليه وقيمةِ (و) الولدِ وجهان؛ من حيثُ أن الإذنَ ضعيفُ الأثرِ في الوطء؛ بدليلِ المفوِّضة).

ليس للمرتهن في المرهون سوى حق الاستيثاق، أما البيع وسائر التصرفات القولية والانتفاعات[3] وسائر التصرفات[4] الفعلية فهو ممنوع من جميعها.

ولو وطئ الجارية المرهونة لم يخل، إما أن يطأ بدون إذن الراهن أو بإذنه.

الحالة الأولى: أن يطأ بدون إذنه، فهو كما لو وَطِئ غير المرهونة. وإن[5] ظنها

---

(١) في الأصل: (سَليًا).

(٢) في (هـ): (حلالًا).

(٣) في (ز) و(هـ): (الانتفاع).

(٤) وانتهى [هـ/ ٨٧- ب] بهذه الكلمة، وبدأ [هـ/ ٨٨- أ] بقوله: فرع: قال في «التهذيب» وتبين أن بينهما سقطاً نحو إحدى عشرة صفحة بنسخة (هـ)، وأربع صفحات ونصف بنسخة (ز)، وعشرين صفحة من المطبوع.

(٥) في (ز): (إن).

زوجته أو أَمَتَه فلا حدَّ وعليه المهر، والولد حر نسيب وعليه قيمته للراهن. وإن لم يظن ذلك ولم يدَّعِ جهلاً فهو زانٍ يلزمه الحد، كما لو وطئ المستأجر الجارية المكراة، ويجب المهر إن كانت مكرهة. وإن كانت مطاوعة لم يجب على الأصح، وهذا الخلاف بتوجيهه مذكورٌ في الغصب. وإن ادعى الجهل بالتحريم لم يقبل إلّا أن يكون حديث عهدٍ بالإسلام أو نشأ في بادية بعيدة عن بلاد[1] المسلمين فيُقبَل قوله لدفع الحد. وحكى المسعودي في قبوله لثبوت النسب خلافاً للأصحاب، وأجرى مثله[2] في حرية الولد ووجوب المهر. والأصح ثبوت الكل. لأن الشبهة كما تَدْرَأُ الحد تُثبت النسب والحرية، وإذا سقط الحد وجب المهرُ.

والثانية: أن يطأ بإذنه، فإن علم أنه حرام فظاهر المذهب أنه يجب عليه الحد.

وفيه وجه: أنه لا يجب لاختلاف العلماء، فإن عطاء[3] بن أبي رباح كان يجوّز وطء الجارية بإذن مالكها[4]. وإن ادعى الجهل بالتحريم فوجهان:

---

(١) في (ز): (علماء).

(٢) في (ط الفكر): (مسألة).

(٣) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم أبو محمد الجندي اليماني نزيل مكة وأحد الفقهاء والأئمة روى عنه الأئمة الستة. قال ابن سعد: «كان ثقة، عالماً، كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة». وقال أبو حنيفة: «ما لقيت أفضل من عطاء». وقال ابن عباس، وقد سئل عن شيء: «يا أهل مكة تجتمعون عليَّ وعندكم عطاء؟». وقيل إنه حج أكثر من سبعين حجة. ومات سنة (١١٤هـ). قلت: ترجمته هنا للتبرك وهو غنيٌّ عن التعريف.
انظر: «خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال» للخزرجي ص٢٦٦.

(٤) أخرج عبد الرزاق في «المصنف» (٧/ ٢١٦)، برقم (١٢٨٥٠)، باب الرجل يُحِلُّ أَمَته للرجل، عن ابن جريج قال: أخبرني عطاء قال: «كان يُفْعَلُ، يُحِلُّ الرجل وليدته لغلامه وابنه وأخيه وأبيه، والمرأة لزوجها. وما أُحِبُّ أَنْ يُفْعَلَ ذلك، وما بلغني عن ثَبْتٍ، وقد بلغني أن الرجل يرسل وليدته إلى ضيفه».

أحدهما: أنه لا يقبل إلّا أن يكون حديث العهد بالإسلام أو من في معناه، كما في الحالة الأولى.

وأصحهما ـ وبه قال القاضي أبو الطيب ـ: أنه يقبل ويرفع[١] الحد وإن نشأ بين المسلمين، لأن التحريم بعد الإذن لَـمَّا خفي على عطاء مع أنه من علماء التابعين لا يَبْعُدُ خفاؤه على العوام. وإذا اندفع الحد، فهل يلزمه المهر؟

أما إذا كانت مطاوعة فلا، لانضمام إذن المستحق إلى طواعيتها، وأما إذا كانت مكرهة فقولان:

أحدهما: أنه لا يجب أيضاً لأن مستحق[٢] المهر قد أذن فأشبه ما لو زنت الحرة.

وأصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[٣] ـ: يجب، لأن وجوب المهر ـ حيث لا يجب الحد ـ حقُّ الشرع، فلا يؤثر فيه الإذنُ، كما أن المفوضة تستحق[٤] المهر بالدخول مع تفويضها.

وإن كان قد أولدها بوطئه فالولد حر نسيب. وفي وجوب قيمة الولد طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في المهر.

وأصحهما: الوجوب جزماً.

والفرق: أن الإذن في الوطء رضا بإتلاف المنفعة جزماً وليس رضاً بالإحبال جزماً، وأيضاً: فإن الإذن لا أثر له في حرية الولد، وإنما الموجب له[٥] ظن الواطئ

(١) في (ز): (ويدفع).

(٢) وهو الراهن.

(٣) «رد المحتار» (٥/ ٥٨).

(٤) في (ز): (يستحب).

(٥) في (ز): (لها).

فحسب، ولا تصير الجارية أم ولد للمرتهن بحال. وإن ملكها يوماً من الدهر ففيه قولان[١]، إذا كانت الصورة صورة ثبوت[٢] النسب.

وقوله في الكتاب: (فهو زان)، يمكن إعلامه بالحاء، لأنه لا حد عليه في رواية عن أبي حنيفة[٣].

وقوله: (فإن ظن إباحةً فواطئٌ بالشبهة)، غير مجرى على إطلاقه، بل المراد ما إذا كان حديث العهد بالإسلام أو من[٤] في معناه.

وأما قوله: (وفي وجوب المهر وقيمة الولد وجهان)، ففيه نظران:

أحدهما: أن الخلاف في المهر قولان، لا وجهان، وقد نص عليهما في «المختصر».

والثاني: أنه أجاب بطريقة إثبات الخلاف في القيمة.

والأصح عند الأئمة الطريقة النافية للخلاف.

ويجوز إعلام: (القيمة)، بالواو، إشارة إليها.

فرع:

زعم المرتهن بعد الوطء أن الراهن قد باعها منه أو وهبها وأقبضها، فأنكر الراهن؛ فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف فهي والولد رقيقان له، ثم لو ملكها[٥] يوماً

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٠٠): «أظهرهما: لا تصير».

(٢) في (ز): (إثبات).

(٣) إذا ظن المرتهن الحل فلا حد بالاتفاق، وأما إذا علم الحرمة ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله. انظر للتفصيل: «رد المحتار» (٣/ ١٥٢).

(٤) في (ز): (حديث الإسلام ومن).

(٥) أي: المرتهن.

من الدهر فهي أم ولد له، والولد حر لإقراره السابق.كما لو أقر بحرية عبد الغير ثم اشتراه فإن نكل الراهن وحلف المرتهن فالولد حر وهي أم ولد له.

قال:

(وهذه الأحكامُ تثبتُ في عينِ الرَّهن، وبدلِه الواجبِ بالجنايةِ على المرهون، إذ يسري إليه حقُّ الرهن؛ حتى لا ينفذَ إبراءُ الرّاهنِ استقلالاً، ولا إبراءُ الـمرتهن، إذ لا دينَ له. ولا يَسري إلى الكسبِ والعقرِ (ح) والزِّياداتِ العَينية (ح) كاللَّبنِ والولدِ (ح) والصُّوفِ والثَّمرة (ح). فإن كانَ الولدُ مجْتنّاً حالةَ الرَّهن[1] والبَيعِ والعقد، كانَ تابعاً. وإن كان مـجْتَنّاً في إحدى الحالتين؛ ففي تبعيَّتِه خلاف).

مقصود هذه البقية بيان[2] ما يتعلق به حق الوثيقة، وتثبت فيه أحكامها، ولا شك في تعلقه بعين الرهن، والكلام وراءها في بدل الرهن وزوائد المرهون.

الفصل الأول في بدله: ومهما جُنِي على المرهون وأُخِذ من الجاني الأرش انتقل حق الرهن إليه كما ينتقل الملك، لقيامه مقام الأصل، ويجعل في يد من كان الأصل في يده من المرتهن أو العدل، وإلى أن يؤخذ، هل يقال: إنه مرهون؟

قال قائلون: لا، لأنه دين، والديون لا تكون مرهونة، فإذا تعين صار مرهوناً والحالـة المتخللة كتخمر العصير وتخلله بعده.

وقال آخرون: هو مرهون كما كان، لأنه مال بخلاف الخمر، ومنعوا خروجه

(١) سقط من (ط الفكر).

(٢) سقط من (ز).

عن كونه مرهوناً بخروجه عن كونه عِنَباً، وإنما المُسَلَّم أنه لا يرهن الدين ابتداء[١].

والخصم في بدل المرهون إنما هو الراهن، لأنه المالك كما لو جُنِي على العبد المستأجر أو المودع يكون الخصم فيها المالك. فلو قعد[٢] عن الخصومة فقولان في أن المرتهن هل يخاصم؟

قال في «التهذيب»: أصحهما ـ عند الأصحاب، وبه قال القفال ـ: أنه لا يخاصم[٣]. قال: ورأيت بخط شيخي[٤]: أن للمرتهن أن يدعي ويخاصم فيه، وكذلك المستأجر إذا ادعى العين وقال لمن في يده: إنها ملك فلانٍ آجَرها مني وإنما لا يدعي المستأجر القيمة، لأن حقه لا يتعلق بها. قال: وهو القياس.

وإذا خاصم الراهن[٥] فللمرتهن أن يحضر خصومته لتعلق حقه بما يأخذه، ثم إن أقرّ به الجاني أو أقام الراهن البينة أو حلف بعد نكول المدعي عليه ثبتت الجناية. وإن نكل الراهن فهل يحلف المرتهن؟ فيه قولان،كما إذا نكل المفلس هل يحلف الغرماء؟.

وإذا ثبتت الجناية فإن كانت عمداً فللراهن أن يقبض ويبطل حق المرتهن وإن عفا[٦] عن القصاص مطلقاً ثبت المال إن قلنا: مطلق العفو يوجب المال، وإلاّ لم يجب، وهو الأصحّ، هكذا قاله صاحب[٧] «التهذيب»[٨].

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٠٠): «قلت: الثاني أرجح، وبالأول قطع المراوزة. والله أعلم».

(٢) أي: ترك.

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ١٠١): «قلت: وقطع الإمام والغزالي بأنه يخاصم. والله أعلم».

(٤) قلت: القفال هو أبو بكر عبد الله المروزي، وشيخه هو أبو زيد المروزي، وليس المراد بالقفال هو القفال الكبير الشاشي محمد وابنه وتلميذه صاحب «التقريب» قاسم، والله أعلم.

(٥) سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ز): (ويبطل الرهن وإن عفا).

(٧) في (ز): (في).

(٨) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٣٩).

وإن عفا على أن لا مال، فإن قلنا: إن موجب العمد أحد الأمرين، لم يصح عفوه عن المال. وإن قلنا: إن موجبه القَوَد، فإن قلنا: إن مطلق العفو لا يوجب المال لم يجب شيء، وإن قلنا: يوجبه، فوجهان:

أحدهما: يجب لحق المرتهن.

وأصحهما: المنع، لأن القتل لم يوجبه، وإنما يجب بعفوه المطلق أو بعفوه على المال وذلك نوع اكتساب منه وليس عليه الاكتساب للمرتهن.

وإن لم يقبض في الحال ولم يعفُ ففي إجباره على أحدهما[1] طريقان:

أحدهما: يجبر ليكون المرتهن على ثبت[2] من أمره.

والثاني: إن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، أُجْبِر، وإن قلنا: موجبه القَوَد، لم يُـجْبَر. لأنه يملك إسقاطه فتأخيره أولى بأن يملكه[3].

وإن كانت الجناية خطأ أو عفا ووجب المال فعفا عن المال، لم يصح عفوه لحق المرتهن. وفيه قول: إن العفو موقوف ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن. فإن انفك الرهن رد إلى الجاني، وبان صحة العفو، وإلّا بان بطلانه. ولو أراد الراهن أن يصالح عن الأرش الواجب على جنس آخر لم يَجُزْ إلّا بإذن المرتهن، فإذا أذن صح وكان المأخوذ مرهوناً، هكذا نقلوه.

ولك أن تقول: قد مرّ أنه إذا أذن في البيع، والدين مؤجل فباع، يرتفع الرهن

(١) في (ز): (اختيار أحدهما).

(٢) في (ز): (تثبت).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ١٠١): «قلت: ينبغي أن يقال: إن قلنا: إذا عفا على أن لا مال، لا يصح، وإلّا فلا. والله أعلم».

ولا يكون الثمن رهناً، وأنه إذا أذن بشرط أن يكون الثمن رهناً ففي كونه رهناً قولان. وقياسه أن يكون[١] المصالح عليه كذلك، لأن الصلح بيع.

ولو أبرأ المرتهن الجاني لا يصح؛ لأنه ليس بمالكٍ، وهل يسقط حقه عن[٢] الوثيقة بهذا الإبراء؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويَخْلُصُ المأخوذ للراهن كما لو صرح بإسقاط حق[٣] الوثيقة.

وأصحهما: لا، لأنه لا يصح إبراؤه، فلا يصح ما يتضمنه الإبراء، كما لو وهب المرهون من إنسان لم يصح[٤]، ولا يبطل الرهن.

الفصل الثاني: في زوائد المرهون، وهي إما متصلة كسِمَنِ العبد وكِبَرِ الشجرة والثمرة، فتتبع الأصل في الرهن، أو منفصلةٌ كالثمرة والولد واللبن والبيض والصوف، فلا يسري إليها الرهن، وبه قال أحمد[٥].

وعند أبي حنيفة[٦]: يسري.

---

(١) في (ز): (يكون المال).

(٢) في (ز): (من).

(٣) سقط من (ز).

(٤) في (ز): (لا يصح).

(٥) قال في «المغني» (٤/ ٤٣٠): «إن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل، وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعليم، والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر».

(٦) قال في «الدر المختار» (٥/ ٣٣٥ - ٣٣٦): «ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف والوبر والأرش ونحو ذلك للراهن لتولده من ملكه، وهو رهن مع الأصل تبعاً له. بخلاف ما هو بدل عن المنفعة كالكسب والأجرة والهبة والصدقة، فإنها غير داخلة في الرهن وتكون للراهن. الأصل أن كل ما يتولد من عين الرهن يسري إليه حكم الرهن، وما لا فلا».

وقال مالك[١]: الولد مرهون والثمرة غير مرهونة.

لنا: القياس على ولد الجارية[٢] الجانية، فإن الأرش لا يتعلق به[٣] بالاتفاق، وكما أن هذه الزوائد غير مرهونة، فكذلك مهر الجارية إذا وطئت بالشبهة بل أولى، لأنه غير حاصل من نفس المرهون.

وعند أبي حنيفة[٤]: هو مرهون أيضاً، ولا خلاف في أن كسب العبد[٥] المرهون ليس بمرهون، هذا في الزوائد الحادثة بعد الرهن.

ولو رهن حاملاً ومست[٦] الحاجة إلى البيع وهي حامل بعد، فيباع كذلك في الدين، لأنا إن قلنا: الحمل يعلَم فكأنه رهنهما وإلّا فقد رهنها، والحمل محض صفة. ولو ولدت قبل البيع فهل الولد رهن؟ فيه قولان مبنيان على أنّ الحمل هل يعلم؟ إن قلنا: لا، فهو كالحادث بعد العقد. وإن قلنا: نعم، فهو رهنٌ يباع مع الأم كما لو رهن شيئين. وزاد الشيخ أبو محمد فقال: إن قلنا: نعم، ففي كونه مرهوناً قولان لضعف الرهن عن الاستتباع، وقد سبق نظائره. فإن قلنا: إن الولد لا يكون مرهوناً فلو صرح في العقد وقال: «رهنتها مع حملها». قال الإمام: فيه تردد للأصحاب، والظاهر أنه لا يكون مرهوناً أيضاً، إذ لو جاز ذلك لجاز إفراده بالرهن[٧].

---

(١) قال في «القوانين الفقهية» ص٢١٣: «إن كان متناسلًا عنه كالولادة والنتاج فيكون تابعاً له بخلاف غير ذلك كصوف الغنم ولبنها وثمار الأشجار وسائر الغلاّت، فلا تتبعها في الرهن».

(٢) سقط من (ز).

(٣) سقط من (ز).

(٤) راجع عبارة «الدر المختار».

(٥) سقط من (ز).

(٦) في (ط الفكر): (أو مسّت).

(٧) «نهاية المطلب» (٦/ ١٨٦).

ولو حَبِلَت بعد الرهن وكانت حاملاً عند الحاجة إلى البيع، فإن قلنا: الحمل لا يعلم بيعت حاملاً[١] وهو كزيادة متصلة. وإن قلنا: يعلم، لم يكن الولد مرهوناً وتَعذَّر بيعُها لأن استثناء الحمل لا يمكن، ولا سبيل إلى بيعها حاملاً، ويوزع الثمن على الأم والحمل، لأن الحمل لا تعرف قيمته.

ولو رهن نخلة فأطلعت فطريقان:

أحدهما: أن بيعها مع الطلع على قولين كما في الحمل.

والثاني: القطع بأن الطلع غير مرهون، لأنه يمكن إفراده بالعقد، فلا يجعل بيعاً. فإذا قلنا: إنه غير مرهون تباع النخلة ويستثنى الطلع بخلاف الجارية الحامل.

ولو كانت مُطْلِعَةً وقت الرهن ففي دخول الطلع ما سبق في الباب الأول. فإن أدخلناه فجاء وقت البيع وهو طلع بَعْدُ بِيعَ مع النخل. ولو أُبِّـرت فطريقان:

أحدهما: أن الحكم كما إذا ولدت الحامل.

والثاني: القطع ببيعه مع النخل، لأنه معلوم مشاهد وقت الرهن.

وقوله في الكتاب: (والزيادات العينية)، أراد به الزيادات الحادثة من العين لا كالكسب والمهر. وقوله: (حالة الرهن والبيع)، يقتضي اعتبار نفس العقد في مقارنة الولد وحدوثه بعده، والأمر على ما يدل عليه ظاهره، وكذا القول في سائر الزوائد، وحكى الإمام وجهاً آخر أن الاعتبار بحالة القبض لأن الرهن به يتم[٢].

فرع:

أرشُ الـجناية على الـمرهون وافتضاضُ البكر: مرهونان، لأنهما بدل جزء من المرهون وليسا من الزوائد.

---

(١) سقط من (ز).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٤٩).

فرع آخر:

لو ضرب الجارية المرهونة ضاربٌ فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب عشر قيمة الأم، ولا يكون مرهوناً، لأنه بدل الولد. وإن دخلها نقص لم يجب بسببه شيءٌ آخر، ولكن قَدرُ أرش النقصان من العشر يكون رهناً، وإن ألقته حياً ومات ففيما يجب على الجاني قولان:

أصحهما: قيمة الجنين حياً وأرش نقص الأم إن انتقصت، فعلى هذا القيمة للراهن والأرش مرهون.

والثاني: أكثر الأمرين من أرش النقص أو قيمة[1] الجنين، فعلى هذا إن كان الأرش أكثر فالمأخوذ رهن كله، وإن كانت القيمة أكثر فقَدْر الأرش من المأخوذ رهن.

والبهيمة المرهونة إذا ضربت فألقت جنيناً ميتاً فلا شيء على الضارب سوى أرش النقصان إن نقصت ويكون رهناً.

قال رحمه الله:

(الطرفُ الثالث: في فكِّ الرهن، وهو حاصلٌ بالتَّفاسخ[2] وفواتِ عينِ المرهونِ بآفةٍ سماوية، ويلتحقُ به ما إذا جنى العبد وبيع في الدين فإنه فاتَ بغيرِ بدل. وكما يقدَّمُ حقُّ المجنيِّ عليه على حقِّ المالك، يقدَّمُ على حقِّ المرتهَن).

الرهن ينفك بأسباب:

أحدها: الفسخ منهما أو من المرتهن وحده، فإن الرهن جائز من جهته.

---

(١) في (ز): (وقيمة).

(٢) في (ز): (بالفسخ).

والثاني: تلف المرهون بآفة سماوية.

ولو جنى العبد المرهون لم يبطل الرهن بمجرد الجناية[١]، ولكن ينظر: أتتعلق الجناية بأجنبي أم بالسيد؟

القسم الأول: أن تتعلق بأجنبي، فيقدم حق المجني عليه، لأن حقه متعين في الرقبة، وحق المرتهن متعلق بذمة الراهن وبالرقبة، وأيضاً فإن حق المجني عليه متقدمٌ على[٢] حق المالك، فأولى أن يتقدم[٣] على حق المستوثق، ثم إن أوجبت الجناية القصاص وَاقْتَصَّ المجني عليه بطل الرهن، وإن أوجبت المال أو عفا على مالٍ، بِيعَ العبد في الجناية وبطل الرهن أيضاً، حتى لو عاد إلى ملك الراهن لم يكن رهناً إلّا بعقد جديد.

ولو كان الواجب دون قيمة العبد بِيعَ منه بقدر الواجب وبقي الباقي رهناً، فإن تعذر بيع البعض أو انتقص بالتشقيص[٤] بِيعَ الكل، وما فَضَلَ من الثمن عن الأرش يكون رهناً. ولو عفا المجني عليه عن المال أو فداه الراهن بقي العبد رهناً كما كان وكذا لو فداه المرتهن، ثم في رجوعه على الراهن ما ذكرناه في رهن أرض الخراج.

وعند أبي حنيفة[٥]: ضمان جناية المرهون على المرتهن بناءً على أن المرهون مضمون عليه.

---

(١) في (ز): (بمجرَّده).

(٢) في (ز): (في).

(٣) في (ز): (يقدم).

(٤) أي: بالتبعيض.

(٥) قلت: عند أبي حنيفة جناية الرهن على الراهن والمرتهن، أما على الراهن فلكونها جناية المملوك على مالكه، وأما على المرتهن فلأنا لو اعتبرناها لوجب عليه التخليص منها لأنها حصلت في ضمانه، وعند الإمامين أبي يوسف ومحمد أن جنايته على المرتهن. انظر: «رد المحتار» (٥/ ٣٣٣).

فإن فداه المرتهن بقي رهناً ولا رجوع له بالفداء، وإن فداه السيد أو بيع في الجناية سقط دين المرتهن إن كان بقدر الفداء أو دونه. وهذا كله فيما إذا جنى العبد بغير إذن السيد.

أما إذا[1] أمره السيد بذلك نظِر: إن لم يكن مميزاً أو كان أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما يأمره به، فالجاني هو السيد وعليه القصاص أو الضمان.

وهل يتعلق المال برقبته؟ فيه وجهان يذكران في موضعهما، والأظهر المنع، وإذا قلنا: يتعلق، فبيع في الجناية، فعلى السيد أن يرهن قيمته مكانه، وإذا جنى هذا العبد فقال السيد: «أنا أمرته بذلك» لم يقبل قوله في حق المجني عليه، بل يباع العبد فيها وعلى السيد القيمة لإقراره. وإن كان العبد مميزاً يعرف أنه لا يطاع السيد فيه بالغاً كان أو غير بالغ فهو كما لو لم يأذن السيد إلّا أنه يأثم بما فعل.

وإذا عرفتَ ما ذكرناه لم يَخْفَ عليك أن قوله: (وبِيعَ في الدين)، أراد به دين الجناية، فإن الغرض فيما إذا نسبت[2] الجناية إلى السيد، وإلاّ فلا يكون الفوات بغير بدل.

* * *

(١) في (ز): (إذا كان).

(٢) في (ز): (لم ينسب).

قال:

(فإن[١] جَنى على عبدِ السَّيدِ أو السَّيدِ[٢] نفسه، فله القِصاص؛ كما للأجنبيّ. وليسَ له الأرشُ والبيع؛ إذ لا يَستحقُّ شيئاً على عبدِ نفسِه. ولو جَنى على عبدِ[٣] أبيه وانتقلَ إليه بموتِه، ففي استحقاقِه الفكَّ خلافٌ؛ لأنه في حكمِ الدَّوام. وإن جنى على عبدٍ[٤] آخرَ له مرهونٍ من غيرِ هذا المرتهِن، فله قتلُه. وإن فاتَ حقُّ المرتهِن، فإن عفا على مالٍ تعلَّقَ حقُّ مرتَهِنِ القتيلِ بالعبد[٥]. وإن عفا بغيرِ مال، فهو كعفوِ المحجورِ عليه[٦]. ولو أوجبَ أرشاً فلمرتَهِنِ القتيلِ أن يطلبَ بيعَه في حقِّه. وإن كانَ القتيلُ أيضاً مرهوناً عنده، فهو فواتٌ محضٌ في حقِّه؛ إلّا أن يكونَ القتيلُ مرهوناً بدينٍ آخرَ يُخالِفُ هذا الدَّين، فله بيعُه وجعلُ ثمنِه رهناً بالدَّينِ الآخر).

القسم الثاني: أن تتعلق الجناية بالسيد، وفيه مسائل:

إحداها: إذا جنى العبد المرهون على طرف سيده عمداً فله القصاص للزجْر والانتقام، وهو أحوج إلى ذلك من الأجانب، فإن اقتص بطل الرهن، وإن عفا على مال

(١) في (ز): (وإن).

(٢) سقط من (ز).

(٣) سقط من (ز).

(٤) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ز): (بالمال).

(٦) سقط من (ز).

أو كانت الجناية خطأً؛ فعن ابن سريج: أنه يثبت المال[١] ويتصل[٢] الراهن به إلى فك الرهن. والمذهب: أنه لا يثبت؛ لأن السيد[٣] لا يثبت له على عبد مالٌ ويبقى الرهن كما كان.

وإن جنى على نفسِه[٤] عمداً فللوارث القصاص، فإن عفا على مالٍ أو كانت الجناية[٥] خطأً ففي ثبوت المال قولان منقولان عن «الأم»[٦]:

أحدهما: يثبت لأن الجناية هاهنا حصلت في ملك غير الوارث، فجاز أن يثبت له المال كما ثبت للأجنبي.

وأصحهما: أنه لا يثبت أيضاً، لأنه لو ثبت لَثَبَتَ على مملوكه، والقولان عند [ابن][٧] أبي هريرة والشيخ أبي حامد مبنيان على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم يتلقاها الوارث من القتيل؟ إن قلنا بالأول، ثبت المال لاستفادته من جناية على الغير. وإن قلنا بالثاني، لا[٨] يثبت؛ لأنه لم يثبت للقتيل حق[٩] يتلقى منه[١٠]. وأبى الجمهور هذا البناء وقالوا: قضية القولين أن لا يثبت شيء. أما إذا قلنا بالتلقي فظاهر، وأما

(١) أي: للسيد.
(٢) في (ز): «ويتوصل». (م ع).
(٣) قوله: «لا يثبت؛ لأن السيد» سقط من (ز). (م ع).
(٤) أي: على نفس السيد.
(٥) سقط من (ز).
(٦) الأم للشافعي (٣/ ١٨٠).
(٧) زيادة يقتضيها النّص، وهو كذلك في المطبوع، وقد سقطت من النسخة. (م ع).
(٨) في (ز): (لم).
(٩) في (ز): (حتى).
(١٠) في (ز): (عنه).

إذا قلنا بالقول الآخر، فلأنه كما يمنع ابتداء إثبات المال للمالك في ماله دواماً[1] يمتنع ابتداؤه للمالك ابتداءً.

[**المسألة**][2] **الثانية**: لو جنى على طرف من يرثه السيد كأبيه وابنه عمداً فله القصاص وله العفو على مال. ولو جنى خطأ ثبت المال، فإن مات قبل الاستيفاء وورثه السيد فوجهان:

أصحهما ـ عند الصيدلاني والإمام ـ: أنه كما انتقل إليه سَقَطَ، ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين كما لا يجوز له ابتداؤه.

والثاني ـ وهو الذي أورده العراقيون ـ: أنه لا يسقط، وله بيعه فيه كما كان للمورث، ويحتمل في الاستدامة ما لا يحتمل في الابتداء[3].

وشبه الأصحاب الوجهين بالوجهين فيما إذا ثبت له دين على عبد غيره ثم ملكه يسقط أو يبقى حتى يتبعه به بعد العتق؟ واستبعد الإمام هذا التشبيه، وقال: كيف يكون الاستحقاق الطارئ على الملك بمثابة الملك الطارئ على الاستحقاق؟ ثم أجاب بأن الدين إذا ثبت لغيره فنقله إليه بالإرث إدامة لما كان، كما أن إبقاء الدين الذي كان له على عبد الغير بعدما ملكه إدامةً لما كان، فانتظم التشبيه مِنْ هذا الوجه[4]. وإلى هذا المعنى أشار صاحب الكتاب بقوله: (لأنه في حكم الدوام).

ولو كانت الجناية على نفس مورثه وكانت عمداً فللسيد الاقتصاص، فإن عفا على مالٍ أو كانت خطأ بنى ذلك على أن الدية تثبت للوارث ابتداءً أم يتلقاها عن

---

(١) في (ط الفكر): (دما وأما).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة للإيضاح.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٩٨).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٩٩).

المورث؟ إن قلنا بالأول لم يثبت، وإن قلنا بالثاني فعلى الوجهين فيما إذا جنى على طرفه ثم انتقل إليه بالإرث.

[**المسألة**][(١)] **الثالثة**: لو قتل عبداً آخرَ للراهن نظِر: إن لم يكن المقتول مرهوناً فهو كما لو جنى على السيد، والحكم في القن والمدبر وأم الولد سواء، وإن كان مرهوناً أيضاً فله حالتان:

إحداهما: أن يكون مرهوناً عند غير مرتهن القاتل، فإن قتل عمداً فللسيد الاقتصاص ويبطل الرهنان جميعاً. وإن عفا على مال أو كان القتل خطأً وجب المال متعلقاً برقبة العبد لحق مرتهن القتيل، فإن السيد لو أتلف المرهون لَغَرِمَ حق المرتهن، فَلأَنْ يتعلق الغرمُ بعبده كان أولى. وإن عفا بغير مال، فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، وجب المال ولم يصح عفوه عنه إلّا برضا المرتهن، وإن قلنا: موجبه القود، فإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال، لم يثبت شيء، وإن قلنا: يوجبه فوجهان. قال في «التهذيب»: أصحهما: أنه لا يثبت أيضاً، لأن القتل غير موجب على هذا التقدير، فعفوه المطلق أو على مال نوع اكتساب[(٢)] للمرتهن[(٣)].

وإن عفا مطلقاً، فإن قلنا: مطلق العفو يوجب المال، ثبت عليه[(٤)] المال، كما لو عفا على مال. وإن قلنا: لا يوجبه، صح العفو وبطل رهن مرتهن المقتول وبقي القاتل رهناً كما كان.

والحكم في عفو المفلس المحجور عليه كالحكم في عفو الراهن، والراهن محجور عليه في المرهون كما أن المفلس محجور عليه[(٥)] في جميع أحواله.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة للإيضاح.

(٢) في (ز): (اكتساب وليس عليه الاكتساب).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٣٩).

(٤) سقط من (ز).

(٥) من قوله: (في المرهون) إلى سقط من (ز).

ثم مهما وجب المال نظِر: إن كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها فوجهان:

أحدهما: أنه ينقل القاتل إلى يد مرتهن القتيل ولا يباع، لأنه لا فائدة فيه.

وأظهرهما ـ وهو اختيار القاضي الحسين ـ: أنه يباع ويجعل الثمن في يده، لأن حقه في مالية العبد لا في العين، وأيضاً فقد يرغب راغب بزيادة فيتوثق مرتهن القاتل بتلك الزيادة. وإن كان أقلّ من قيمة القاتل، فعلى الوجه الأول ينقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القتيل. وعلى الثاني يباع منه قدر الواجب ويبقى الباقي رهناً. فإن تعذر بِيع البعض أو نقص بالتشقيصِ بيع الكل وجعل الزائد على الواجب عند مرتهن القاتل.

واعلم أن الوجهين إنما يظهران فيما إذا طلب الراهن النقل، وطلب مرتهن القتيل البيع ففي وجه: يجاب هذا، وفي وجه: يجاب ذلك. أما إذا طلب الراهن البيع ومرتهن القتيل النقل، فالمجاب الراهن، لأنه لا حقّ لصاحبه في عينه. ولو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطريقين فهو المسلوك لا محالة. ولو اتفق الراهن ومرتهن القتيل على النقل قال الإمام: ليس لمرتهن القاتل المنافسة [فيه وطلبُ][1] البيع. وقضيةُ التوجيه الثاني لأظهر الوجهين: أن له ذلك.

الحالة الثانية: أن يكون مرهوناً عند مرتهن القاتل أيضاً، فإن كان العبدان مرهونَيْن بدين واحد فقد انتقضت الوثيقة ولا مستدرِك[2] كما لو مات أحدهما. وإن كانا مرهونين بدينين؛ نظِر في الدينين: أيختلفان حُلولاً وتأجيلاً أم لا يختلفان؟

أما القسم الأول: فله أن يتوثق لدين القتيل بالقاتل، لأنه إن كان الحالُّ دينَ

---

(١) الزيادة من المطبوع (م ع).

(٢) أي: ولا جابر.

القاتل[١] فقد يُريد الوثيقة بالمؤجل ويطالب الراهن بالحالّ[٢] في الحال، وإن كان الحالُّ دين المقتول[٣] فقد يريد استيفاءه من ثمنه[٤] في الحال. وكذا الحكم لو كانا مؤجلين وأحد الأجلين أطول.

وأما القسم الثاني[٥]: فينظر: أبَيـنَ الدينين اختلافٌ في القدر أم لا؟ إن لم يكن بينهما اختلافٌ في القدر كعشرة وعشرة، فإن كان العبدان مختلفَي القيمة وكانت قيمة القتيل أكثر لم تنقل الوثيقة، وإن كانت قيمة القاتل أكثر نُقِلَ منه قدر قيمة القتيل إلى دين القتيل، وبقي الباقي رهناً بما كان، وإن كانا متساويين في القيمة بقي القاتل مرهوناً بما كان، ولا فائدة في النقل.

وإن كان بين الدينَين اختلاف كعشرة وخمسة؛ نُظِر: إن تَساوى العبدان في القيمة أو كان القتيل أكثرهما قيمة، فإن كان المرهون بأكثر الدينين للقتيل[٦] فله توثيقه بالقاتل. وإن كان المرهون بأقلهما للقتيل[٧] فلا فائدة في نقل الوثيقة. وإن كان القتيل أقلّهما قيمةً، فإن كان مرهوناً بأقل الدينين فلا فائدة في نقل الوثيقة. وإن كان مرهوناً بأكثرهما نُقِل من القاتل قدرُ قيمة القتيل إلى الدين الآخر. وحيث قلنا بنقل التوثيق[٨] فيباع ويقام ثمنه مقام القتيل أو يقام عينه مقامه؟ فيه الوجهان السابقان.

---

(١) في (ز): (المقتول).

(٢) في (ز): (الوثيقة للمؤجل ويطالب الراهن بالحال).

(٣) في (ز): (القاتل).

(٤) في (ز): (استيفاؤه من ثمنه).

(٥) أي: إن اتفقا في الحلول والتأجيل.

(٦) في (ط الفكر): (القتيل).

(٧) في (ز) و(ط الفكر): (القتيل).

(٨) في (ز): (التوثق).

وقوله في الكتاب: (فله بيعه وجعل ثمنه رهناً بالدين الآخر)، يوافق أظهر الوجهين منهما. وقوله: (بدين يخالف هذا الدين)، قد يبحث عنه فيقال: ظاهره يقتضي تأثير اختلاف الدينين في الجنس كالاختلاف في القدر أو في الحلول والتأجيل[١]، وكذلك يقتضي تأثيره اختلافهما في الاستقرار وعدم الاستقرار، كما إذا كان أحدهما عوض ما يتوقع رده بالعيب أو صداقاً قبل الدخول. فهل الأمر كذلك أم لا؟ والجواب:

أما الأول: فإن صاحب الكتاب صرح في «الوسيط» بتأثير اختلاف الجنس[٢] وهو متجه في المعنى، لكن الشافعي رضي الله عنه نص على خلافٍ، وبه قال الأصحاب على طبقاتهم[٣].

وأما الثاني: فإن كان القاتل مرهوناً بالدين المستقر فلا معنى لنقل الوثيقة، وإن كان مرهوناً بالآخر ففي «الشامل» أن أبا إسحاق[٤] حكى فيه وجهين، والأكثرون لم يعتبروا ذلك[٥] سِوى ما قدمناه من وجوه الاختلاف. والله أعلم.

فرع:

لو تساوى الدينان في الأوصاف، وحكمنا بأن الوثيقة لا تنقل، فلو قال المرتهن:

---

(١) في (ز): (أو التأجيل).

(٢) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥١٧). وقال في «الروضة» (٤/ ١٠٧): «قلت: المراد باختلاف الجنس: أن يكون أحدهما دنانير، والآخر دراهم واستويا في المالية بحيث لو قوّم أحدهما بالآخر لم يزد ولم ينقص. والله أعلم».

(٣) أي: أن الجمهور قائلون بعدم تأثير لاختلاف الجنس، خلافاً للغزالي.

(٤) أي: المروزي.

(٥) سقط من (ط الفكر).

«إني لا آمنه وقد جنى فبيعوه وَضَعُوا ثمنه مكانه[١]»، هل يجاب إليه؟ روى الإمام فيه وجهين[٢].

فرع آخر:

لو جنى على مكاتب السيد ثم انتقل الحق إليه بموته أو عجزه فهو كما لو انتقل من المورث، وقد مر.

قال:

(وينفكُّ الرَّهنُ أيضاً بقضاءِ كلِّ الدَّين. فإن قضى بعضَه، بقيَ كلُّ المرهونِ مَرهوناً ببقيةِ الدَّين. وكذا[٣] إذا رهنَ عبدَين وسلَّم أحدَهما، كان مرهوناً بجملةِ الدَّين (ح). وكذا لو تلِفَ أحدُهما، إلّا أن يتعدَّدَ العقدُ والصَّفقة، أو مستحقُّ الدَّين (ح و) أو المستحقُّ عليه؛ فينفصلُ أحدُهما عن الآخر، ولا يُنظرُ إلى تعدُّدِ الوكيلِ واتِّحادِه. وفي النَّظرِ إلى تعدُّدِ الملكِ[٤] في المرهونِ المستعارِ من شخصَينِ خلاف، مهما قَصدَ بقضائِه فكَّ نصيبِ أحدِهما. وإذا ماتَ الرّاهنُ فقضى أحدُ أبنَيه نصفَ الدَّيْن، لم يَنفكَّ (و) نصيبُه. ولو تعلَّقَ دينٌ بإقرارِ الورثةِ بالتَّركة، فقضى واحدٌ نصيبَه؛ ففي انفكاكِ نصيبه[٥] قولان).

---

(١) أي: رهناً.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٠٢).

(٣) في (ز): (وكذلك).

(٤) في (ز): (المالك).

(٥) في (ط الفكر): (الحصة).

الثالث: من أسباب انفكاك الرهن: براءةُ الذمة عن الدين بتمامه إما بالقضاء أو الإبراء أو الحوالة أو الإقالة المسقطة للثمن المرهون به أو المسلم فيه المرهون به. ولو اعتاض عن الدين عيناً ارتفع الرهن أيضاً لتحول الحق[١] من الذمة إلى العين. ثم لو تلفت العين قبل التسليم بطل الاعتياض ويعود الرهن كما عاد الدين. قاله في «التتمة».

ولا ينفك بالبراءة عن بعض الدين بعض الرهن كما أن حق الحبس يبقى ما بقي شيء من الثمن، ولا يعتق شيء من المكاتب ما بقي شيء من المال، وهذا لأن الرهن وثيقة لجميع الدين، وكل[٢] جزء منه كالشهادة.

ولو رهن عَبْدَيْن وسلَّم أحدَهما، كان المسلَّم مرهوناً بجميع الدين، خلافاً لأبي حنيفة[٣] رحمه الله، وسلَّم أنه لو سلمهما ثم تلف أحدهما كان الباقي رهناً بجميع الدين فيقاس عليه. ولو رهن داراً فانهدمت بعد القبض فالنقض والعرصة مرهونان بجميع الدين.

وإنما يفرض انفكاك الرهن في بعض المرهون دون بعض بأحد أمور:

أولها: تعدد العقد كما إذا رهن أحدٌ نصفي العبد بعشرة في صفقة، ونصفه الآخر في صفقة أخرى.

---

(١) من قوله: (المرهون به أو المسلم فيه) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) في (ز): (ولكل).

(٣) قال في «الدر المختار» و«رد المحتار» (٥/ ٣٢١): «لو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته لحبس الكل بكل الدين كالمبيع في يد البائع. فإن سمّى لكل واحد منهما شيئاً من الدين له أن يقبض أحدهما إذا أدى ما سمّى له بخلاف البيع، بأن قال: «رهنتك هذين العبدين، كل واحد منهما بخمسمئة» وسلمهما إليه ثم نقد خمسمئة وقال: «أديت عن هذا العبد» وأراد أخذه، في رواية الأصل: ليس له ذلك، وفي رواية الزيادات له ذلك كفاية، فلو قال: «أحدهما بعشرين والآخر بالباقي» ولم يبين هذا من هذا لم يجز الرهن لأنها جهالة تفضي إلى المنازعة عند هلاك أحدهما أو استرداده كما أفاده الأتقاني عن كافي الحاكم».

وقوله: (وإن تعدد العقد والصفقة)، لفظان مترادفان، وقد يؤكد بمثلهما.

والثاني: أن يتعدد المستحق للدين، كما إذا رهن رجل من رجلين بدَيْنِهما عبداً بينهما صفقة واحدة ثم برئت ذمته عن دين أحدهما بأداءٍ أو إبراء ينفك من الرهن بقسط دينه خلافاً لأبي حنيفة[1] حيث قال: لا ينفك شيء حتى يؤدي دينهما جميعاً ولا يخفى وجه قولنا في المسألة.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (أو مستحق الدين)، مع الحاء بالواو، لأن عن صاحب «التقريب» رواية وجه غريب: أنه إذا اتحدت جهة الدينين كما لو أتلف عليهما مالاً أو ابتاع منهما لم ينفك شيء بالبراءة عن دين أحدهما، وإنما ينفك إذا اختلفت الجهتان[2].

والثالث: أن يتعدد من عليه الدين كما لو رهن رجلان من رجل بدينه عليهما، فإذا أدى أحدهما نصيبه أو أبرأه المستحق انفك نصيبه، وعن أبي حنيفة[3] فيما رواه الصيدلاني وغيره: أنه لا ينفك حتى يَبْرَآ عن حقه[4] جمعياً. وجَوّز هذا الرهنَ وإن لم يجوز رهن المشاع.

والرابع: لو وكّل رجلان رجلاً ليرهن عبدهما من زيدٍ بدينه عليهما فرهن ثم قضى أحد الموكلين ما عليه، فعن بعض الأصحاب تخريجه على قولين سنذكرهما على الأثر، والصحيح: الجزم بأنه ينفك نصيبه، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده.

---

(١) وفي المسألة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) والمذهب انفكاكه مطلقاً.

(٣) قال في «رد المحتار» مع المتن (٥/ ٣٢١): «وإن رهنا رجلًا رهناً واحداً بدين عليهما صح بكل الدين ويمسكه إلى استيفاء كل الدين، إذ لا شيوع. فلو أدى أحدهما ما عليه لم يكن له أن يقبض من الرهن شيئاً لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الإمساك».

(٤) في (ز): (حقهما).

قال الإمام: لأن مدارَ الباب على اتحاد الدين وتعدده[١]. ومهما تعدد المستحق أو المستحق عليه فقد تعدد الدين، ويخالف ما نحن فيه البيع والشراء حيث ذكرنا خلافاً في أن الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالمتبايعين أو الوكيل؛ لأن الرهن ليس عقدَ ضمانٍ حتى ينظر فيه إلى المباشر.

والخامس: إذا استعار عبداً من مالِكِه ليرهنه فرهنه، ثم أدى نصف الدين وقصد به الشيوع من غير تخصيص بحصةٍ[٢]؛ لم ينفك من الرهن شيء، وإن قصد أداءه عن نصيب أحدهما بعينه لينفك نصيبه فقولان:

أحدهما: لا ينفك كما لو استعاره من واحد.

والثاني: ينفك كما لو رهَنَ رجلان من رجل ثم أدى أحدهما نصيبه. والمعنى فيه: النظر إلى تعدد الملك[٣] وقطع النظر عن العاقد. وفي «عيون المسائل» ما يدل على أن هذا أظهر القولين[٤].

ولو كان لشخصين عبدان متماثلا القيمةِ فاستعارهما للرهن ورهنهما، ثم قضى نصف الدين ليخرج[٥] أحدهما عن الرهن فطريقان، قيل: يخرج، لانضمام تَعدّد المحل إلى تعدد المالك. والأصح: طرد القولين. وإذا قلنا بالانفكاك، فلو كان الرهن مشروطاً في بيع فهل للمرتهن الخيار إذا كان جاهلاً بأنه لمالكين؟ فيه رأيان نسبهما الأكثرون إلى

---

(١) من قوله: (قال الإمام) إلى هنا سقط من (ز).
«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٦١).
(٢) أي: بحصة أحدهما.
(٣) في (ز): (المالك).
(٤) قال في «الروضة» (٤/ ١٠٩): «قلت: صرّح صاحب «الحاوي» وغيره بأن الانفكاك أظهر. والله أعلم».
(٥) أي: لينفك.

ابن سريج، وحكاهما أبو بكر الفارسي قولين. أصحهما: أن له الخيار، لأن مقتضى الرهن المطلق أن لا ينفك شيء منه إلّا بعد أداء جميع الدين، ولم يحصل ذلك.

ونقل المحاملي وغيره في أصل المسألة قولاً ثالثاً، وهو أن المرتهن إن كان عالماً بأن العبد لمالكين، فللراهن فك نصيبه[1] بأداء نصف[2] الدين، وإن كان جاهلاً لم يكن للراهن فكه إلّا بأداء الكل. قال الإمام: ولا نعرف لهذا وجهاً، فإن عدم الانفكاك لاتحاد الدين والعاقدين، وهذا لا يختلف بالعلم والجهل، وإنما أثر الجهل الخيار على ما بيناه[3].

ولو استعار من رجلين ورهن من رجلين كان نصيب كل واحد من المالكين مرهوناً من الرجلين. فلو أراد فك نصيب أحدهما بقضاء نصف دين كل واحد منهما فعلى القولين[4]. ولو أراد فك نصف العبد بقضاء دين أحدهما فله ذلك بلا خلاف. ولو استعار اثنان من واحد ورهنا من واحد ثم قضى أحدهما ما عليه انفك النصفُ لتعدد العاقد. هذا هو المنقول.

وقد يخطر بالبال أنه إذا تعدد المالك واتحد العاقد ينظر إلى تعدد المالك[5] على رأيٍ، فلِمَ لا ينظر إلى اتحاده إذا اتحد المالك وتعدد العاقد؟ ويجوز أن يجاب عنه بأنا إنما نلاحظ جانبه بما ينفعه لا بما يضره.

---

(١) في (هـ): «نصفه». (م ع).

(٢) سقط من (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٦٠).

(٤) اللذين نقلهما أبو بكر الفارسي.

(٥) في (ز): (الملك).

فرع[١]:

قال في «التهذيب»: لو استعار ليرهن من[٢] واحد فرهن من[٣] اثنين أو بالعكس لا يجوز[٤]. أما في الصورة الأولى، فلأنه لم يؤذن[٥]. وأما بالعكس، فلأنه إذا رهن من اثنين ينفك بعض الرهن بأداء دين أحدهما. وإذا رهن من[٦] واحد لا ينفك شيء إلاّ بأداء الجميع، ونقل صاحب «التتمة» وغيره في الطرفين الجواز، والأول أصح.

والسادس: لو رهن عبداً بمئة ثم مات عن ابنين[٧] فقضى أحدهما حصته من الدين هل ينفك نصيبه من الرهن؟ عن صاحب «التقريب» أنه على قولين:

أحدهما: ينفك كما لو رَهَنَ في الابتداء اثنان.

وأصحهما ـ وبه قطع قاطعون ـ: أنه لا ينفك، لأن الرهن في الابتداء صَدَرَ من واحد، وأنه إنما أثبت وثيقة قضيتها حبس كل المرهون إلى أداء كل الدين فوجب إدامتها.

ولو مات من عليه الدين وتعلق الدين بتركته، فقضى بعض الورثة نصيبه من الدين قال الإمام: لا يبعد أن يخرج انفكاك نصيبه من الرهن على قولين[٨]، بناءً على أن أحد الورثة لو أقر بالدين وأنكر الباقون، هل يلزم[٩] المقرّ أداءُ جميع الدين من

---

(١) انتهى ما سقط من (هـ) هنا.

(٢) بمعنى عند.

(٣) بمعنى عند.

(٤) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٦٨).

(٥) في (ز) و(هـ): (لم يأذن).

(٦) بمعنى عند.

(٧) في (ط الفكر) و(ز): (اثنين).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٨٩).

(٩) في (ز) و(هـ): (على).

حصته من التركة؟ وعلى هذا البناء فالأصح الانفكاك، لأن الجديد أنه لا يلزمه أداء جميع الدين مما في يده من التركة، وأيضاً فإن تعلق الدين بالتركة إذا مات الراهن إما أن يكون كتعلق الرهن أو كتعلق الأرش بالجاني. إن كان الأول فهو كما لو تعدد الراهن[١]، وإن كان الثاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه ينقطع التعلق عنه.

واعلم أن الحكم بانفكاك نصيبه إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق[٢] مع ابتداء تعدد[٣] الملاك، ولو كان الموت مسبوقاً بالمرض فيكون التعلق[٤] سابقاً على ملك الورثة. فإن للدين أثراً بيّناً في الحجْر على المريض، فيشبه أن يكون القول في انفكاك نصيبه كما مَرَّ في الصورة السابقة.

وقوله في الكتاب: (بإقرار الورثة)، قيدٌ قد ذكره هاهنا وفي «الوسيط»[٥]. وصورة المسألة غنيةٌ عنه، فإن التعلّق لا يختلف بين أن يكون ثبوتُ الدين بالبينة أو بالإقرار، ولم يتعرض صاحب «النهاية»[٦] لهذا القيد[٧].

---

(١) في (ز): (الرهن).

(٢) في (هـ): (التعليق).

(٣) في (ط الفكر): (تعلق).

(٤) في (ز): (التعليق).

(٥) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥١٩).

(٦) وهو الإمام الجويني.

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ١١١): «قلت: قول الإمام الرافعي: الحكم بالانفكاك إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق.... إلخ، هذا خلاف مقتضى إطلاق الإمام والغزالي. والظاهر أن المسألة على إطلاقها. وليست هذه الصورة من الأولى في شيء، لأن الأولى في انفكاك نصيب الابن من العين التي رهنها الميت. والثانية: في فك نصيبه من تعلق التركة. وليس للرهن في الثانية وجود. ففي قول ينفك تعلق الدين بنصيبه، فينفذ تصرفه فيه. وفي قول لا ينفك التعلق. فلا ينفذ تصرفه في نصيبه إذا منعنا تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين. والله أعلم».

قال:

(ومهما انفكَّ نصيبُ أحدِهما، فله أن يَستقسمَ المرتهَنَ بعدَ إذنِ الشَّريكِ الرّاهن؛ بناءً على[1] الأصحِّ في أن حكمَ القِسمة ـ في مثلِ هذا ـ حكمُ الإفراز، لا حكمُ البيع).

إذا كان المرهون لمالكَيْن وانفك الرهنُ في نصيب أحدهما بأداءٍ أو إبراءٍ وأراد الذي انفك نصيبُه القسمةَ نظِر: إن كان المرهون مما ينقسم بالأجزاءِ كالمكيلات والموزونات، قال الشافعي رضي الله عنه: كان للذي انفك نصيبه أن يقاسم المرتهن بإذن شريكه. وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء كالثياب والعبيد، قال أصحابنا العراقيون: لا يجاب إليه. ومثاله أن يرهنا عبدين مشتركين متساويَي القيمة وانفك الرهن عن نصف كل عبد فأراد مَنْ انفك نصيبه أن ينفرد بعبد وينحصر الرهن في عبد. فإن كان المرهون[2] أرضاً مختلفةَ الأجزاء كالدار وطلب مَن انفك نصيبه القسمةَ قالوا: على الشريكِ أن يساعده[3]. وفي المرتهن وجهان: أظهرهما: أن له أن يمتنع لما في القسمة من التشقيص[4] وقلة الرغبات. وهذا ما ضمّنَه العراقيون طرقَهم، وزاد آخرون، منهم أصحاب القفال، فقالوا: تجويز[5] القسمة حيث جوزناها مبني على أن القسمة إفرازُ حقّ، فأما إذا جعلناها بيعاً فهي بيع المرهون بغيره، وهو ممتنع، ثم إذا جوزنا القسمة، فسبيل الطالب أن يراجع الشريك، فإن ساعده فذاك، وإلّا رفع الأمر إلى القاضي ليقْسِم.

---

(١) في (ز): (على أن).

(٢) في (ز): (الرهن).

(٣) في (ط الفكر) و(هـ): (يساعد)، قلت: بمعنى يوافقه.

(٤) أي: التبعيض.

(٥) في (هـ): (تجوز).

ونقل الصيدلاني وجهاً: أنه لا حاجة إلى إذن الشريك في المتماثلات؛ لأن قسمتها قسمة إجبارٍ، والمذهب الأول، فلو قاسم المرتهن وهو مأذون من جهة المالك أو الحاكم عند امتناع المالك جاز وإلّا فلا. وإذا منعناها فلو رضي المرتهن فالمفهوم من كلام المعظم صحتها. وقال الإمام: لا يصح، ولو رضي، لأن رضاه إنما يؤثر في فك الرهن، فأما في بيع الرهن بما ليس برهن ليصير رهناً فلا[1]، وهذا إشكال قوي[2].

وقوله في الكتاب: (فله أن يستقسم[3] المرتهن بعد إذن الشريك الآخر)، يوافق اللفظة التي نقلناها عن الشافعي رضي الله عنه، والقسمة في الحقيقة إنما تجري مع الشريك، لأنه المالك، لكن لما كان المرهون في يد المرتهن وكان فصل الأمر معه أهونَ، حسن القولُ بأنه يقاسمه بإذن المالك.

وقوله: (بناء على الأصح)، سيأتي في موضعه[4] في أن حكم القسمة ـ في مثل هذا ـ حكم الإفراز. يعني بقوله: (في مثل هذا). المكيلات والموزونات ونحوهما. وفيه[5] النص الذي نقلناه. وقد بين ذلك في «الوسيط»[6] وكان في خاطره هاهنا، إلّا أنه أغفل ذكره، ثم القول بأن الأصح فيها قول الإفراز فيه اختلاف. وهو[7] غير مساعد عليه كما[8] سيأتي في موضعه. ثم أطبقوا على تجويز القسمة هاهنا، وجعلوا

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٦٣).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١١٢): «قلت: ليس بقوي لمن تأمله. ولا يسلّم الحكم الذي ادعاه، فالمعتمد ما قاله الأصحاب. والله أعلم».

(٣) يعني: يطلب القسمة.

(٤) قوله: (سيأتي في موضعه) سقط من (ز) و(هـ).

(٥) في (ز) و(هـ): (وفيها).

(٦) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥١٩).

(٧) قوله: (فيه اختلاف وهو) سقط من (ط الفكر) و(هـ).

(٨) في (ز) و(هـ): (على ما).

تأثير قولنا: إنها بيعٌ في افتقارها[١] إلى إذن المرتهن، والله أعلم.

ولو أراد الراهنان القسمة قبل انفكاك شيء من المرهون، فعلى التفصيل الذي بيّناه. ولو رهن واحد من اثنين وقضى نصيب أحدهما ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي فيه الرهن، ففي اشتراط رضا الذي بقي رهنه ما ذكرناه. والله أعلم.

* * *

(١) في (هـ): (افتقارهما).

قال:

(ولو قالَ للمرتَهن: بع الـمرهونَ لي واستوفِ الثَّمنَ لي، ثم استوفِه لنفسِك، ففي استيفائِه تردُّد؛ من حيثُ اتِّحادُ القابضِ والمقبَض. وإن قال: بعه لي واستوفِ[1] الثَّمنَ[2] لنفسِك، فَسدَ استيفاؤه، وكانَ مضموناً في يدِه، لأنه[3] استيفاءٌ فاسد؛ فأشبهَ الصَّحيحَ في الضَّمان. ولو قال: بع لنفسِك، بطلَ الإذن، إذ كيفَ يبيعُ ملكَ[4] غيرِه لنفسِه؟ ولو قال: بع مطلقاً؛ فالأصحُّ صحَّتُه، وتنزيلُه على البيعِ للرّاهن).

وجه انتظام هذه المسائل في هذا الموضع: أن الدين تارة يقضى من غير المرهون وأثره الانفكاك على ما تقرر، وتارة يقضى منه بأن يباع فيه. وقد مر بيان أنه متى يباع، ومن يبيعه، وأنه لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه ماذا حكمه؟

ونتكلم الآن في صيغة إذنه ببيان صور:

إحداها: لو قال للمرتهن: «بع المرهون لي واستوفِ الثمن، ثم استوفه لنفسك»، صح منه البيع والاستيفاء للراهن. ثم لا يحصل الاستيفاء لنفسه بمجرد إدامة اليد والإمساك، لأن قوله: «ثم استوفِ[5] لنفسك» مشعرٌ بإحداث فعل فيه، فلا بد إذاً من إذنٍ جديد لوكيل جديد على ما هو شأن القبض في المقدرات.

---

(١) في (ز): (واستوفه لنفسك).

(٢) سقط من (هـ).

(٣) في (هـ): (ولأنه).

(٤) في (ز): (مال).

(٥) في (ز): (استوفه).

ولو كانت الصيغة: «ثم أمسكه لنفسك» فلا بد من إحداث فعلٍ أيضاً، أم يكفي مجرد الإمساك؟ حكى الإمام فيه وجهين. وقال: أولهما أصحهما[١].

ثم إذا استوفاه لنفسه ففيه وجهان، ذكرناهما في نظائر المسألة في البيع لاتحاد القابض والمقبض. فإن صححناه[٢] برئت ذمة الراهن عن الدين والمستوفى من ضمانه. وإن أفسدناه[٣] ـ وهو الأصحّ ـ لم يبرأ[٤]، ولكن يدخل المستوفى في[٥] ضمانه أيضاً، لأن القبض الفاسد كالصحيح في اقتضاء الضمان[٦].

الثانية: لو قال: «بعه لي واستوف الثمن لنفسك» صح البيع ولم يصح استيفاء الثمن، لأنه لما[٧] لم يصح قبض الراهن، لا يتصور منه القبض لنفسه، وهاهنا كما قبضه يصير مضموناً عليه.

الثالثة: لو قال: «بعه لنفسك» فقولان:

أصحهما: أن هـذا الإذن باطل ولا يتمكن من البيع، لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه.

---

(١) في (ز): «أظهرهما». (م ع).
«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٧٦).
(٢) في (ز) و(هـ): (صححنا).
(٣) في (ز) و(هـ): (أفسدنا).
(٤) أي الراهن.
(٥) في (ز): (من).
(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٨٩): «قلت: دخوله في ضمانه يكون بعد قبضه لنفسه، فأما قبله فهو في يده أمانة بلا خلاف. وكذا لو نوى إمساكه لنفسه من غير إحداث فعل، فالأمانة مستمرة. صرح به الإمام الغزالي في «الوسيط» وغيرهما. ولو قبضه لنفسه بفعل من غير كيل ولا وزن دخل في ضمانه لأنه قبض فاسد. فله في الضمان حكم الصحيح. والله أعلم».
(٧) في (ز): (ما)، وفي (هـ): (ما لم).

والثاني ـ حكاه صاحب «التقريب» ـ: أنه يصح اكتفاءً بقوله: «بعه»[1]، وإلغاءً لقوله: «لنفسك»، وأيضاً فإن السابق إلى الفهم منه الأمر بالبيع لغرضه وهو التوسل به إلى وفاء[2] الدين.

الرابعة: لو أطلق وقال: «بعه» ولم يقل: «لي» ولا: «نفسك»، فوجهان:

أصحهما: صحة الإذن بالبيع[3] ووقوعه للراهن، كما لو قال لأجنبي: «بعه».

والثاني: المنع، وعللوه بمعنيين:

أحدهما: أن البيع مستحق للمرتهن بعد حلول الحق، والكلام مفروض فيه، وإذا كان كذلك تقيَّد الإذن به[4] وصار كأنه قال: «بعه لنفسك».

والثاني: أنه متَّهم في ترك النظر استعجالاً للوصول إلى الدين.

وعلى التعليلين، لو كان الدين مؤجلاً فقال: «بعه» صح الإذن لعدم الاستحقاق والتهمة. فإن قال مع ذلك:[5] «واستوفِ حقك من ثمنه» جاءت التهمة. ولو قدر له الثمن لم يصح على التعليل الأول، ويصح[6] على الثاني. وكذا لو كان الراهن حاضراً عند البيع.

قال الإمام: ومَنْ قال بالمنع أوَّل قوله في «المختصر»: ولو شرط للمرتهن إذا

---

(١) في (ط الفكر): (بع).

(٢) سقط من (ز).

(٣) في (ز) و(هـ): (والبيع).

(٤) في (ز): (فيه).

(٥) أي: مع قوله: (بعه).

(٦) في (ز) و(هـ): (وصح).

حلَّ الحق أن يبيعه لم يجز أن يبيع لنفسه إلّا بأن يحضر رب الرهن. وقال: معناه إلّا أن يحضره الراهن فيبيعه[1]. وهذا ما وعدت أن أذكره من تأويله، والله عز وجلّ أعلم.

* * *

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٧٩).

قال رحمه الله:

(الباب الرابع: في النِّزاعِ بينَ المتعاقدَين

وهو في أربعةِ أمور: الأول: في العَقد، ومهما اختلفا فيه فالقولُ قولُ الرّاهن، إذ الأصلُ عدمُ الرَّهن، فلو ادّعى المرتهَنُ أن النخيلَ التي في الأرضِ مرهونةٌ مع الأرض، فللرّاهنِ أن ينكرَ رهنَها[١] أو وجودَها (و) لذي الرَّهن[٢]، ويحلفُ[٣] إن لم يكذِّبه الحسُّ في إنكارِ الوجود، فإن كذَّبه واستمرَّ على إنكارِ الحسّ، جُعِل ناكلاً عن اليَمين، ورُدَّ[٤] على المرتهَن؛ إلّا أن يعدلَ إلى نفيِ الرَّهن، فيحلفُ عليه).

التنازع في باب الرهن يفرض في أمور:

أحدها: أصل العقد، فإذا قال رب الدين: «رهنتني كذا» وأنكر المالك أو قال: «رهنتني عبدك»، فقال: «بل ثوبي»، فالقول قول الراهن مع يمينه، لأن الأصل عدم الرهن.

وكذا لو اختلفا في قدر المرهون به، فقال الراهن: «رهنته بألف»، وقال المرتهن: «بل بألفين». وبه قال أبو حنيفة[٥] وأحمد[٦].

---

(١) في (ز) و(هـ): (رهنه).

(٢) قوله: (لذي الرهن) سقط من (ط الفكر).

(٣) في (ز) و(هـ): (ويحلف عليه).

(٤) في (هـ): (ورد اليمين).

(٥) قال الحصكفي في «الدر المنتقى» (٢/ ٦٠٨): «ولو اختلفا في قدر ما أَمَرَهُ بالرهن به فللمعير. لأنه يستفاد منه أدلة إنكار الأصل، فكذا الوصف. ولو اختلفا في الدين والقيمة بعد الهلاك فالقول للمرتهن في قدر الدين وقيمة الرهن».

(٦) «المغني» (٤/ ٤٤١).

وعن مالك[١]: أن القولَ قولُ مَن قيمةُ المرهونِ أقربُ إلى ما يقوله. ولو اختلفا في قدر المرهون فكذلك القول قول الراهن.

ومن صوره: أن يرهن أرضاً فيها أشجار، ثم قال الراهن: «رهنت الأرض دون ما فيها»، وقال المرتهن: «بل بما فيها». وكذا لو قال: «هذه الأشجار مرهونة مني كالأرض» وأنكر الراهن. ولو قال: «رهنَتنيها مع الأرض يوم رهن الأرض»، وقال الراهن: «إن هذه الأشجار أو بعضها لم تكن يوم رهن الأرض[٢] وإنما أحدثتها بعدها، نُظِر: إن كانت الأشجار بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن فالمرتهن كاذب، والقول قول الراهن بلا يمين، وإن كان بحيث لا يتصور حدوثها بعده فالراهن كاذب.

ثم إن سلَّم في معارضتها[٣] أنه رهن الأرض بما فيها كانت الأشجار مرهونة كما يقول المرتهن، ولا حاجة إلى التحليف فيها[٤]، وإن زعم رهن الأرض وحدها أو رَهْنَ ما سوى الأشجار المختلف فيها أو اقتصر على نفي الوجود فلا يلزم من كذبه في إنكار الوجود كونها مرهونة، فيطالب بجواب دعوى الراهن، فإن استمر على إنكار الوجود واقتصر عليه، جُعِلَ ناكلاً ورُدَّتِ اليمينُ على المرتهن، وإن رجع إلى الاعتراف بالوجود وأنكر رهنها قُبِلَ إنكاره، وعرض عليه اليمين لجواز كونه صادقاً في نفي الرهن، وإن كذب في نفي الوجود.

---

(١) قال في «القوانين الفقهية» ص٢١٣: «قال مالك: إذا اختلفا في مقدار الحق الذي رهن فيه فالقول قول المرتهن إلّا فيما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن».

(٢) من قوله: (وقال الراهن) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) في (ز): (مفاوضتها).

(٤) سقط من (ز) و(هـ).

ولو كانت الأشجار بحيث تحتمل الوجود يوم رهن الأرض؛ والحدوثَ بعده فالقول قول الراهن لما مر، فإذا حلف فهي[١] كالشجرة الحادثة بعد الرهن في القلع وسائر الأحكام، وقد بيناها من قبل. هذا كله تفريع على الاكتفاء منه بإنكار الوجود وهو الصحيح؛ لأن في إنكار الوجود يوم الرهن إنكار ما يدعيه المرتهن وهو رهنها مع الأرض.

وفيه وجه سيأتي في نظائر المسألة في «الدعاوى»: أنه لا بد من إنكار الرهن صريحاً.

واعلم أن الحكم بتصديق الراهن في هذه الصور[٢] مفروض فيما إذا كان اختلافهما في رهن تبرع، فأما إذا اختلفا في رهن مشروط في بيع، فالجواب أنهما يتحالفان كما في سائر كيفيات البيع إذا وقع فيه[٣] الاختلاف.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (فللراهن أن ينكر رهنها أو وجودها لذي الرهن). معناه أنه يقع[٤] منه بكل واحد من الإنكارين، ويعتد به جواباً، ولك أن تعلم قوله: (أو وجودها). بالواو، للوجه الذي حكيناه. وقوله قبله: (فلو ادعى المرتهن أن النخل التي في الأرض مرهونة مع الأرض)، أي رهنها يوم رهن الأرض، وإلّا فلو اقتصر على دعوى رهنها[٥] لم يكن إنكار وجودها يوم رهن الأرض يكتفى به في الجواب، إذ لا يلزم من[٦] أن لا[٧] تكون موجودة يومئذ أن لا تكون مرهونة[٨].

---

(١) في (ط الفكر): (هي).

(٢) في (ط الفكر): (الصورة).

(٣) في (ز): (فيها).

(٤) في (ز): (يقنع).

(٥) في (هـ): (دعوى رهنهما).

(٦) سقط من (ط الفكر).

(٧) سقط: (لا) من (ط الفكر).

(٨) في (ز): (يومئذ إلّا أن يكون مرهونة).

وقوله: (فإن كذبه واستمر على إنكار الحس)، أي اقتصر على كلامه الأول بعد ما طالبناه بجواب دعوى الرهن على ما أوضحته.

قال:

(ولو ادّعى على رجلَين رَهْنَ عبدِهما عندَه، فلأحدِهما أن يشهدَ على الآخرِ إذا انفردَ بتكذيبِه، ولو ادّعى رجلانِ على واحدٍ فصدَّقَ أحدَهما، فهل له أن يشهدَ للمكذِّب؟ فيه وجهان؛ مبنيّانِ على أنه هل يشاركُه فيما سَلِم له لو لم يَشهَد؟).

إحدى صورتي الفصل: أن يدعي رجل على رجلين أنهما رهنا منه عبدهما الفلاني بمئة وأقبضاه، فإن أنكر المدعى عليهما الرهن أو الرهن والدين جميعاً فالقول قولهما مع اليمين، فإن صدقه أحدهما دون الآخر، فنصيب المصدق رهن بخمسين، والقول في نصيب المكذب قوله مع يمينه، فلو شهد المصدق للمدعي على شريكه المكذب قبلت شهادته؛ لأنها شهادة على الغير ليس فيها دفعُ ضررٍ ولا جلب نفع. فإذا شهد معه آخر أو حلف المدعي معه ثبت الرهن في الكل[1].

ولو زعم كل واحد منهما أنه ما رهن نصيبه، وأن شريكه رهن وشهد عليه فوجهان، ويقال قولان:

أحدهما ـ وبه قال الشيخ أبو حامد ـ: أنه لا تقبل شهادة واحد منهما لأن المدعي يزعم أن كل واحد منهما كاذب ظالم بالجحود، وطَعْنُ المشهود له في الشاهد يمنع قبول شهادته له.

---

(١) في (ز) و(هـ): (ثبت رهن الكل).

والثاني: تقبل، وبه قال الأكثرون بأنهما ربما نسيا، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق، ولهذا لو تخاصم رجلان في شيء ثم شهدا في حادثة، تقبل شهادتهما، وإن كان أحدهما كاذباً في ذلك التخاصم، فعلى هذا إذا حلف مع كل واحد منهما أو أقام شاهداً آخر ثبت رهن الكل.

وعن أبي الحسين[(١)] بن القطان: أنّ الذي شهد أولًا تقبل شهادته دون الذي شهد آخِراً، لأنه انتهض خصماً منتقماً.

والثانية: ادعى رجلان على واحد[(٢)] أنك رهنتنا عبدك هذا بمئة وأقبضناه، فإن صدقهما أو كذبهما لم يخف الحكم، وإن صدق أحدهما دون الآخر فنصف العبد مرهون عند المصدق ويحلف الآخر[(٣)].

وهل تقبل شهادة المصدق على المكذب[(٤)] للمكذب؟

أطلق مطلقون أنها لا تقبل.

وقال القاضي ابن كج: تقبل.

وحكى الإمام وصاحب الكتاب فيه وجهين بناء على أن الشريكين إذا ادعيا حقاً أو ملكاً بابتياع أو غيره فصدق المدعى عليه أحدهما دون الآخر فهل يستبد[(٥)] المصدق بالنصف المسلَّم أو يشاركه الآخر فيه؟ وفيه وجهان[(٦)]:

---

(١) في (ط الفكر): (الحسن).

(٢) في (ز): (كل واحد).

(٣) في (ز): (للآخر).

(٤) قوله: (على المكذب) سقط من (ز).

(٥) في (هـ): (يستند).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٣٤)، و«الوسيط في المذهب» (٣/ ٥٢٣).

إن قلنا: إنه يستبد[1] المصدق بالنصف قبلت شهادته للشريك، وإلّا فلا؛ لأنه يدفع بشهادته زحمة الشريك عن نفسه.

والكلام في الأصل المبني عليه يذكر في الصلح إن شاء الله تعالى.

والذي ينبغي أن يُفتى به فيما نحن فيه: القبول إن كان الحال لا يقتضي الشركة، والمنع إن اقتضت الشركة لأنه دافع[2].

وذكر في «التهذيب»: أنه إن لم ينكر إلّا الرهن قبلت شهادته للشريك، وإن أنكر الدين والرهن فحينئذ يفرق بين أن يدعي[3] الإرث أو غيره[4].

ولك أن تقول: كما أنّ الاستحقاق في الدين يثبت بالإرث تارة وبغيره أخرى، فكذلك استحقاق الرهن، فليجر التفصيل وإن لم ينكر[5] إلاّ الرهن.

فرع منصوص عليه في رواية الربيع:

ادعى زيد وعمرو على ابني[6] بكر أنهما رهنا عبدهما المشترك منهما بمئة، فصدق أحد المدعيين ثبت ما ادعاه، وكان له على كل واحد منهما ربع المئة ونصف نصيب كل واحد منهما مرهوناً به. وإن صدق أحد الابنين[7] زيداً والآخر عمراً ثبت الرهن في نصف العبد لكل واحد من المدعيين في ربعه بربع المئة؛ لأن كل واحد منهما يدعي

---

(١) في (هـ): (يستند).

(٢) أي: متهم.

(٣) في (هـ): (يدعيا).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٧٢).

(٥) في (ز): (لم يذكر).

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (أبي).

(٧) في (ط الفكر): (الاثنين).

على الاثنين نصف العبد ولم يصدقه إلّا أحدهما. ثم لو شهد أحد الابنين[١] على الآخر قبلت شهادته. ولو شهد أحد المدعيين للآخر، فعلى ما ذكرناه في الصورة الثانية.

والـمسألة ظاهرة من جهة المعنى، لكن في فهمها وتصورها تعقيد، حكى الصيدلاني أن ابن سريج قال: ما انتهيت إليها إلّا احتجت إلى الفكرة في تصورها حتى أثبتها على حاشية الكتاب.

فرع آخر منصوص عليه في «المختصر»:

ادعى رجلان على واحد، فقال كل واحد منهما: «رهنتني عبدك هذا وأقبضتنيه» نظر: إن كذبهما جميعاً فالقول قوله، ويحلف لكل واحد منهما يميناً، وإن كذب أحدهما وصدق الآخر قضى بالرهن للمصدق. وهل للمكذب تحليفه؟ فيه قولان. أصحهما: لا، قاله في «التهذيب»[٢]. وهما مبنيان على أنه لو أقر بمالٍ لزيد، ثم أقر به لعمرو، هل يغرم قيمته لعمرو؟ وفيه قولان، وكذا لو قال: «رهنت هذا من زيد وأقبضته»، ثم قال: «لا بل رهنته من عمرو وأقبضته»، هل يغرم قيمته للثاني ليكون رهناً عنده؟ إن قلنا: يغرم، فله تحليفه، فربما يقر ويأخذ[٣] القيمة. وإن قلنا: لا يغرم، يبنى على أن النكول ورد اليمين بمثابة الإقرار أو البينة؟ إن قلنا بالأول لم يحلفه[٤] لأن غايته أن ينكل فيحلف، وذلك مما لا يفيده شيئاً كما لو أقر. وإن قلنا بالثاني حلفه، فإن نكل فحلف اليمينَ المردودةَ، ففيما يستفيد به؟ وجهان:

أحدهما: يُقضى له بالرهن، وينتزع من الأول وفاءً بجعله كالبينة.

---

(١) في (ط الفكر): (الاثنين).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٧٢).

(٣) في (هـ): (فيأخذ).

(٤) في (ط الفكر) و(هـ): (لم يحلف).

وأصحهما: أنه يأخذ القيمة من المالك لتكون رهناً عنده، ولا ينتزع المرهون من الأول؛ لأنّا وإن جعلناه كالبينة فإنما نجعل[١] ذلك بالإضافة إلى المتداعيين ولا نجعله حجة على غيرهما. وإن صدقهما جميعاً نظر: إن لم يدعيا السبق أو ادعاه كل واحد منهما، وقال المدعى عليه: لا أعرف السابق منكما، وصدقاه فوجهان:

أحدهما: أنه يقسم الرهن بينهما، كما لو تنازعا ملكاً في يد ثالث واعترف صاحب اليد لهما بالملك.

وأصحهما: أنه يحكم ببطلان العقد، كما إذا زوج وليّان من شخصين[٢] ولم يعرف السابق منهما. وإن ادعى كل واحد منهما السبق، وأن الراهن عالم بصدقه. وأنه بقي[٣] علمه[٤] بالسبق فالقول قوله مع[٥] يمينه. فإن نكل ردت اليمين إليهما. فإن حلف أحدهما دون الآخر قضي له. وإن حلفا أو نكلا تعذر معرفة السابق وعاد الوجهان. وإن صدق أحدهما في السبق وكذب الآخر قضي للمصدق. وهل يحلفه المكذب؟ فيه القولان السابقان[٦]. وحيث قلنا: يقضي للمصدق فذلك إذا لم يكن العبد في يد المكذب، فإن كان فقولان:

أحدهما ـ وهو اختيار المزني أخيراً ـ: أن يده ترجح على تصديق الراهن الآخر، ويُقضَى له[٧] بالرهن.

---

(١) في (ز) و(هـ): (نفعل).

(٢) قوله: (من شخصين) سقط من (هـ).

(٣) في (ز): (نفى).

(٤) في (هـ): (عليه).

(٥) سقط: (مع) من (ز).

(٦) سقط من (هـ).

(٧) أي: لصاحب اليد.

وأصحهما: أن المصدق مقدَّم؛ لأن اليد لا دلالة لها على الرهن، ألا ترى أنه لا تجوز الشهادة بها على الرهن، ولو كان العبد في أيديهما معاً فالمصدق مقدَّم في النصف الذي هو في يده، وفي النصف الأخير[(١)] قولان. والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض لا بسبق العقد. حتى لو صدق هذا في سبق العقد. وهذا في سبق القبض، فالمقدم الثاني.

فرع ثالث[(٢)]:

دفع متاعاً إلى رجل وأرسله إلى غيره ليستقرض منه الدافع[(٣)] ويرهن المتاع به ففعل، ثم اختلفا فقال المرسَل إليه: «استقرض مئة ورهنَ المتاع بها بإذنك»، وقال المرسِل: «لم آذن له إلّا في خمسين»، نظر: إن صدق الرسولُ المرسِلَ فالمرسل إليه مدَّعٍ عليهما؛ على المرسل بالإذن، وعلى الرسول بالأخذ، فالقول قولهما في نفي ما يدعيه. وإن صدق المرسل إليه فالقول في نفي الزيادة قول المرسل، ولا يرجع المرسل إليه على الرسول بالزيادة إن صدقه في الدفع إلى المرسل؛ لأنه مظلوم بقوله، وإن لم يصدقه رجع عليه.

هكذا ذكروه وفيه إشكال؛ لأن الرسول وكيل المرسِل، وبقبضه يحصل[(٤)] الملك للموكل حتى يغرم له إن تعدى فيه، ويسلمه إليه إن كان باقياً. وإذا كان كذلك فرجوع المرسل إليه إن كان بناء على توجه العهدة على الوكيل فليرجع، وإن صدقه في دفع المال إلى المرسل[(٥)] كما يطالب البائع الوكيل بالشراء بالثمن، وإن[(٦)] صدقه في

---

(١) في (هـ): (الآخر).

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) في (ز): (الآخر).

(٤) في (ز): (حصل).

(٥) قوله: (إلى المرسل) سقط من (ز).

(٦) في (هـ): (إن).

تسليم المبيع إلى الموكل، وإن كان الرجوع، لأن للمقرض أن يرجع في عين القرض ما دام باقياً، فهذا ليس بتعريض[١] ورجوع مطلق، وإنما يسترد عين المدفوع فيحتاج إلى إثبات كونه في يده، ولا يكفي فيه عدم التصديق بالدفع إلى المرسل، وإن كان غير ذلك فلم يرجع إذا لم يصدقه ولم يوجد منه تَعَدٍّ عليه ولا على حقه. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الأمرُ[٢] الثاني في القَبض، والقولُ فيه أيضاً قولُ الراهن. وكذا إن وجدناه في يدِ المرتهَنِ إذا قالَ الرّاهن: غصبتُه (و). ولو قال: أخذتُه وديعةً أو عاريةً أو بجهةٍ أخرى معَ الإذن، فوجهان؛ لأنه[٣] اعترفَ بقبضٍ مـأذونٍ فيه من[٤] الرّاهنِ[٥] وأراد صرفَه عنه. فلو أقيمتِ الحجّةُ على إقرارِه بقبضِ الرَّهن، فقال[٦]: كنتُ غلطتُ فيه تعويلًا على كتابِ الوكيلِ أو إقامةً على رسمِ[٧] القبالة (و)، فله أن يحُلِفَ المرتهَنَ على نفيِه (و)، وإن قال: تعمَّدتُ الكذب. فلا يُسمعُ[٨] ولا يمكَّنُ من التَّحليف (و).)

الأمر الثاني فيما[٩] يفرض فيه التنازع: القبض. وفيه مسألتان:

---

(١) في (ز) و(هـ): (بتغريم).
(٢) سقط من (ز).
(٣) في (ط الفكر): (وإنه).
(٤) في (هـ): (مع).
(٥) قوله: (من الراهن) سقط من (ز).
(٦) في (ز): (أو قال).
(٧) في (ز) و(هـ): (إقامة لرسم).
(٨) في (هـ): (فلا يقبل).
(٩) في (ط الفكر) و(ز): (مما).

إحداهما: إذا تنازعا في قبض المرهون[١] نظِر: إن كان في يد الراهن وقت النزاع فالقول قوله مع يمينه كما في أصل الرهن. وإن كان في يد المرتهن وقال: «أقبضنيه عن الرهن» وأنكر الراهن، نظِر: إن قال: «غصبتنيه» فالقول قوله أيضاً، لأن الأصل عدم لزوم الرهن وعدم إذنه في القبض. وإن ادعى قبضه عن جهة أخرى مأذونٌ فيها سوى الرهن، فإن قال: «أودعتكه» أو: «أعرت» أو: «اكتريت» أو: «اكتريته من فلان فأكراه منك» فوجهان:

أحدهما: أن القول قول المرتهن، لأنهما اتفقا على قبضٍ مأذون فيه، وأراد الراهن أن يصرفه إلى جهة أخرى. والظاهر خلافه لتقدم العقد المحوِج إلى القبض.

وأصحهما ـ وهو المنصوص ـ: أن القول قول الراهن، لأن الأصل عدم اللزوم وعدم إذنه في القبض عن الرهن.

وفي «النهاية» حكاية وجه بعيد فيما إذا قال: «غصبتنيه»[٢]، أيضاً: أن القول قول المرتهن استدلالاً باليد على[٣] الاستحقاق كما يستدل بها على الملك[٤].

ويجري مثل هذا التفصيل فيما إذا اختلف البائع والمشتري في القبض حيث كان للبائع حق الحبس، إلّا أن الأظهر هاهنا الحكمُ بحصول القبض إذا كان المبيع عند المشتري، وادعى البائع أنه أعَارهُ أو أودعه لتقوى اليد بالملك. وهذا يتفرع على أن حق الحبس لا يبطل بالإيداع والإعارة عند المشتري، وفيه وجهان.

---

(١) قوله: (في قبض المرهون) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (غصبته).

(٣) في (هـ): (عن).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٣٩).

ولو سلَّم[١] الراهن أنه أذن له في قبضه عن جهة الرهن ولكن قال: «رجعت قبل أن قبضتَـه»[٢]، وقال الـمرتهن: «لـم ترجع»؛ فالقول قوله، لأن الأصل عدم الرجوع.

ولو قال الراهن: «لم تقبضه بعدُ»، وقال المرتهن: «قبضته»؛ فقد نقِل فيه اختلافُ نصٍ عن «الأم»[٣]. واتفق الأصحاب على تنزيلهما على حالين: إن كان المرهون في يد الراهن فالقول قوله، وإن كان في يد المرتهن فالقول قوله لأن اليد قرينة دالة على صدقه.

[**المسألة**][٤] **الثانية**: إقرار الراهن بإقباض الـمرهون مقبولٌ ملزم، لكن بشرط الإمكان. حتى لو قال: «رهنته اليوم داري بهَمَذان وأقبضتها إياه وهما بقزوين» فهو لاغ. ولو قامت الحجةُ على إقراره[٥] في محل الإمكان فقال: «لم يكن إقراري على حقيقته» فحلَّفوه أنه قبض، نظر: إن ذَكَر لإقراره تأويلاً كما إذا قال: «كنت أقبضتُه بالقول وظننت أنه يكفي قبضاً» أو: «أُلْقِيَ إليَّ كتابٌ عن لسان وكيلي أنه أقبضَ» ثم خرج مزوَّراً، أو قال: «أشهدت على رسم القبالة قبل تحقيق[٦] القبض»؛ فله تحليفه، وإن لم يذكر تأويلاً فوجهان:

عن أبي إسحاق: أنه لا يمكّن من التحليف ولا يلتفت إلى قوله الثاني لمناقضته الأول[٧].

---

(١) أي: صدّق.

(٢) في «الروضة»: (أقبضه).

(٣) الأم للشافعي (٣/ ١٤٣).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة للإيضاح.

(٥) أي: إقراره بالإقباض.

(٦) في (ز): (تحقق).

(٧) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٠٦).

وقال ابن خيران وغيره: يمكّن منه وهو ظاهر النص، لأنا نعلم أن الوثائق في الغالب يشهد عليها قبل تحقيق ما فيها، فأي حاجة إلى تلفظه بذلك، وهذا أصح عند العراقيين، والأول أصح عند المراوزة[1]، وهذا إذا قامت الحجة على إقراره.

أما إذا أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدعوى إليه:

فعن الشيخ أبي محمد عن القفال: أنه لا يمكن من التحليف، وإن ذكر لإقراره تأويلاً لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلَّا عن تحقيق.

وقال غيره: لا فرق لشمول الإمْكان[2].

ولو شهد الشهود على نفس الإقباض فليس له التحليف بحال، وكذا لو شهدوا على إقراره فقال: «ما أقررت» لأنه تكذيبٌ للشهود.

ولو كان الرهن مشروطاً في البيع فقال المشتري: «وفّيت وأقبضت ثم تلف الرهن فلا خيار لك في البيع» وأقام على إقراره بالقبض حجة، فأراد المرتهن تحليفه فهو كما ذكرنا في إقرار الراهن وطلبه يمين المرتهن. وقِسْ على هذا، ما إذا قامت البينة على إقراره لزيد بألف فقال: «إنما أقررت وأشهدت ليقرضني ثم إنه لم يقرضني» فحلفوه. وسائر[3] النظائر.

وقوله في الكتاب: (فله أن يحلف المرتهن على نفيه)، قد أعلم بالواو، لأنه رَوَى في «الوسيط» إذا كذّب نفسه في إقراره ثلاثةَ أوجه[4]:

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١١٨): «قلت: طريقة العراقيين أفقه وأصحّ. والله أعلم».

(٢) في (ط الفكر) و(هـ): (الإنكار).

(٣) أي: هكذا سائر نظائرها.

(٤) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥٢٩).

المنع المطلق.

وتمكينه من التحليف مطلقاً.

والفرق بين أن يذكر سبباً وتأويلاً، وبين أن يقول: «كذبت عمداً» ولا يعتذر. لكن المنع المطلق قلَّ مَنْ رواه.

وقوله: (على نفيه)، أي على نفي ما يدعيه من التأويل وليس ذلك على معنى أنه يتعين محلفاً عليه، بل له تحليفه على القبض كما مر، وينبغي أن يكون التحليف على نفي ما يدعيه من التأويل[1] فيما إذا نازعه المرتهن في تأويله ونفاه، أما إذا لم يتعرض له واقتصر على قوله: «قبضت»، فيقنع منه بالحلف عليه. وقوله: (فلا يسمع ولا يمكن من التحليف)، يجوز إعلامه بالواو، لأنه أراد ما إذا قال: «كذبت عمداً» ولم يعتذر بشيءٍ وقد بان الخلاف فيه.

* * *

(١) قوله: (من التأويل) سقط من (ز).

قال رحمه الله:

(الأمرُ[١] الثالث: في الجناية، فإذا اعترفَ الجاني وصَدَّقه الراهنُ دونَ المرتهَن، أخذَ الأرشَ وفازَ به. وإن صدَّقه المرتهَن، أخذَ الأرشَ وكانَ رهناً عندَه إلى قضاءِ الدَّين. فإذا قضى[٢] في موضعٍ آخرَ فهو مالٌ ضائعٌ لا يدَّعيه أحد. وإن جنى العبدُ واعترفَ به المرتهَن، فالقولُ قولُ الرّاهن. ولو قالَ الرّاهن:[٣] أعتقته أو غصبته قبلَ أن رهنت أو كانَ قد جنى وأضافَ إلى معين مجنيٍّ عليه؛ ففيه ثلاثةُ أقوال، كما في تنفيذِ عتقِه، لأنه مالكٌ لا تهمةَ فيه. فإن قلنا: لا يقبل، فيحلفُ المرتهَنُ على نفيِ العلم، فإن حلف؛ هل[٤] يغرمُ الرّاهنُ للمقرِّ له؟ يَبتني[٥] على قولَي الغُرم بالحيلولة. وإن نكل؛ يردُّ اليمينُ على الرّاهنِ أو على المقرِّ له؟ قولان. وكلُّ واحدٍ من المرتهَنِ والمقرِّ له مهما نكَل فقد أبطلَ حقّ نفسِه عن الغُرمِ بنكولِه. وإن ردَدناه[٦] على الرّاهنِ فنكل؛ فهل[٧] للمقرِّ له الحلفُ لكي لا يبطلَ حقُّه بنكولِ غيرِه؟ فيه قولان. وإن قلنا: يقبلُ إقرارُه؛ فهل للمرتهَنِ تحليفُه؟ فيه وجهان. فإن حلَّفناه فنكلَ وحلفَ المرتهَنُ اليمينَ المردودة، ففائدةُ

---

(١) سقط من (ز) و(هـ).

(٢) في (ط الفكر): (أقضى).

(٣) في (ز): (المرتهن).

(٤) في (ز): (فهل)، وفي (هـ): (فَ).

(٥) في (ز): (يبنى).

(٦) في (ز): (رددنا اليمين).

(٧) في (هـ): (هل).

حلفِه تقريرُ العبدِ في يدِه، أو أن يغرمَ الرّاهنُ له؟ قولان. ولو كانَ المقَرُّ به الاستيلاد، فيُريدُ أن المستولدةَ[١] تحلفُ إذا نكلَ الرّاهن، وأن حريّةَ الولِد والنَّسبِ تثبتُ[٢] لا محالة).

الثالث فيما[٣] يتنازعان فيه: الجناية إما على المرهون أو به[٤].

أما القسم الأول: فإذا جُنِيَ على العبد المرهون، فجاء إنسان وأقر بأنه الجاني، فإن صدقه المتراهنان أو كذباه لم يَـخْفَ الحكم. وإن صدقه الراهن وحده أخذ الأرش وفاز به، وليس للمرتهن التوثق به. وإن صدقه المرتهن وحده أخذ الأرش وكان مرهوناً، فإن اتفق قضاء الدين من غيره أو أبرأ المرتهن فوجهان:

أصحهما: أنه يرد الأرش إلى المقر له[٥].

والثاني: يجعل في بيت المال لأنه مال ضائع لا يدّعِيه أحدٌ؛ إذ المرتهن انقطعت علقته والراهن ينكر استحقاقه[٦] والمقر معترف بأن أداءه كان واجباً عليه. وللصورة أخواتٌ تذكر في مواضعها إن شاء الله تعالى.

والقسم الثاني: الجناية من المرهون، والنزاع في جنايته؛ إما أن يقع بعد لزوم الرهن أو قبله.

---

(١) في (هـ): (المستولد).

(٢) في (هـ): (سبب).

(٣) في (ز) و(ط الفكر): (مّما).

(٤) في (ز): (منه).

(٥) في (ط الفكر) و(هـ): (المقر).

(٦) سقط من (ز).

الحالة الأولى: أن يتنازعا في جنايته بعد لزوم الرهن؛ فإذا أقر المرتهن بأنه جنى وساعده[١] العبد أو لم يساعده؛ لم يقبل قوله على الراهن، بل القول قولُ الراهن مع يمينه، لأن الملك له، وضررُ الجناية يعود إليه. وإذا بِيع في دين المرتهن لم يلزمه تسليم الثمن إليه بإقراره السابق. واحتجوا له بأن العبد لم يكن جانياً فلا حق فيه لغير المرتهن، وإن كان جانياً فلا يصح بيعه للمرتهن لتعلق حق المجني عليه به[٢] وإذا لم يصح بيعه كان الثمن باقياً على ملك المشتري.

ولو أقر الراهن بجنايته وأنكر المرتهن فالقول قوله، لأن الأصل عدم الجناية وبقاء الرهن. وإذا بيع في الدين فلا شيء للمقر له على الراهن، لأن الراهن لا يغرم جناية المرهون ولم يتلف بالرهن شيئاً للمقر له لكون الرهن سابقاً على الجناية، وليس كما لو أقر بجناية أم الولد حيث يغرم للمقر له، وإن سبق الاستيلاد الجناية؛ لأن السيد يغرم جناية أم الولد. وذكر القاضي ابن كج وجهاً آخر: أنه يقبل إقرار الراهن ويباع العبد في الجناية ويغرم الراهن للمرتهن.

الحالة الثانية: أن يتنازعا في جنايته قبل لزوم الرهن. وفيها مسألتان:

إحداهما: أقر الراهن بأنه كان قد أتلف مالاً أو جنى على نفس جنايةً توجب المال؛ فينظَر: إن لم يعين المجني عليه أو عينه ولكنه لم يصدقه ولم يدَّعِ ذلك فالرهن مستمرٌ بحاله. وإن عينه وادعاه المجني عليه نُظِرَ: إن صدّقه المرتهن، بِيعَ في الجناية وللمرتهن الخيار إن كان ذلك الرهن مشروطاً في بيع.

وإن كذبه، فأصح القولين وبه قال أبو حنيفة[٣] واختاره المزني: أنه لا يقبل قوله، صيانة لحق المرتهن.

---

(١) أي: وافقه.

(٢) سقط: (به) من (ز).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٨).

والثاني: يقبل، لأنه مالكٌ فيما أقر به، فلا تنقدح تهمة في إقراره. وقال مَنْ نصر الأول: بل فيه تهمة ومواطأة المقر له والتدرج إلى دفع الرهن. والقولان كالقولين فيما إذا أقر العبد بسرقة مال ونفّذناه في القطع هل ننفذه في المال؛ لأنه بهذا الإقرار يضر بنفسه فلا ينفي التهمة.

ويجري القولان فيما لو قال: «كنت غصبته» أو: «اشتريته شراءً فاسداً» أو: «بعته قبل أن رهنته» أو: «وهبته وأقبضته»، وفيما لو قال: «كنت أعتقته» قال الشيخ أبو حامد: ولا حاجة في هذه الصورة إلى تصديق العبد ودعواه بخلاف سائر الصور.

وفي الإقرار بالعتق قول ثالث: أنه إن كان موسراً نفذ وإلّا فلا، تنزيلاً للإقرار بالإعتاق منزلة الإعتاق، ونقل إمام الحرمين هذا القول الفارق[1] في الصور كلها، وجعلها على ثلاثة أقوالٍ وتابعه المصنفُ.

التفريع:

إن قلنا: لا يقبل إقرار الراهن فالقول في بقاء الرهن قول المرتهن مع يمينه يحلف على نفي العلم بالجناية، وإذا حلف واستمر الرهن[2] فهل يغرم الراهن للمجني عليه؟ فيه قولان. قال الأئمة[3]: أصحهما: أنه يغرم، وهو اختيار المزني كما لو قتَلَه لأنه حال بينه وبين حقه.

والثاني: لا يغرم؛ لأنه أقر في رقبة العبد بما لم يقبل إقراره فكأنه لم يقر، والقولان كالقولين فيما إذا أقر بالدار لزيد ثم أقرَّ بها لعمروٍ؛ هل يغرم لعمروٍ؟ يعبر عنهما بقولي:

---

(١) في (ز): (الثالث).

(٢) سقط من (هـ).

(٣) في (ز): (الإمام).

«الغرم للحيلولة»[١]، لأن بالإقرار الأول حَالَ بين مَن اعترف باستحقاقه ثانياً وبيَن حقه. فإن قلنا: يغرم، طولب في الحال إن كان موسراً، وإن كان معسراً فإذا أيسر.

وفيم يغرم المجني عليه؟ طريقان:

قال أبو إسحاق وطائفةٌ: **أصح القولين**: أنه يغرم الأقل من قيمته وأرش الجناية.

وثانيهما: أنه يغرم الأرش بالغاً ما بلغ.

وقال الأكثرون ومنهم أبو الحسن[٢]: يغرم الأقل بلا خلاف، كما أن أم الولد لا تفدى إلّا بالأقل إذا جنتْ؛ لامتناع البيع، بخلاف العبد القن.

وإن قلنا: لا يغرم الراهن، فإن بيع في الدين فلا شيء عليه، لكن لو ملكه يوماً فعليه تسليمه في الجناية، وكذا لو انفك الرهن عنه، فهذا إذا حلف المرتهن، فإن نكل فعلى من ترد اليمين؟ فيه قولان، ويقال وجهان:

أحدهما: على الراهن؛ لأنه المالك للعبد والخصومة تجري بينه وبين المرتهن.

وأصحهما: على المجني عليه؛ لأن الحقّ فيما أقر له، والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً. وهذا الخلاف عند[٣] الشيخ أبي محمد مبني على أنه لو حلف المرتهن هل يغرم الراهن للمجني عليه؟ إن قلنا: نعم، يرد على المجني عليه، لأن الراهن لا يستفيد باليمين المردودة شيئاً والمجني عليه يستفيد بها إثبات دعواه.

وسواء قلنا: ترد اليمين على الراهن أو المجني عليه، فإذا حلف المردود[٤] عليه

---

(١) في (ز): (والحيلولة).

(٢) في (ز) و(هـ): (الحسين).

(٣) في (ط الفكر) و(هـ): (عن).

(٤) في (ز): (المردودة).

بِيعَ العبد في الجناية ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع إن كان الرهن مشروطاً في بيع، لأن إقرار الراهن إذا لم يقبل لا يفوت عليه شيئاً وإنما يلزم الفوات من النكول، ثم إن كان الأرش[١] يستغرق قيمةَ العبد بيع كله وإلاّ بِيعَ منه بقدر الأرش.

وهل يكون الباقي رهناً؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، لأن اليمين المردودة كالبينة أو كإقرار المرتهنِ بأنه كان جانياً في الابتداء، فلا يصح الرهن في شيء[٢]. وإذا رددنا على الراهن فنكل، فهل يرد الآن على المجني عليه؟ فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: نعم، لأن الحق له فلا ينبغي أن يبطل بنكول غيره.

وأشبههما: لا، لأن اليمين لا ترد مرة بعد مرة، فعلى هذا نكول الراهن كحلف المرتهن في تقرير الرهن، وهل يغرم الراهن للمقر[٣] له؟ فيه القولان.

وإن رددنا على المجني عليه فنكل، قال الشيخ أبو محمد وغيره[٤]: تسقط دعواه وتنتهي الخصومة. وطرد العراقيون في الرد منه على الراهن الخلاف المذكور في عكسه. وإذا لم يرد لم يغرم له الراهن قولاً واحداً، ويحال بالحيلولة على نكوله.

هذا تمام التفريع على أحد القولين في أصل المسألة، وهو أن الراهن لا يقبل إقراره.

أما إذا قلنا: إنه يقبل إقراره، فهل يحلف أم يقبل قوله من غير يمين؟ فيه قولان، أو وجهان:

---

(١) سقط من (هـ).

(٢) في (ز) و(هـ): (شيء منه).

(٣) أي: للمجني عليه.

(٤) سقط من (هـ).

أحدهما: أنه لا يـحلف، وهو اختيـار القاضي أبي الطيب، لأن اليمين للزجر والتخويف ليرجع عن قوله إن كان كاذباً، وهاهنا لا سبيل له[١] إلى الرجوع[٢].

وأصحهما ـ عند الشيخ أبي حامد ومن نحا نحوه ـ: أنه يحلف لحق المرتهن، وعلى هذا فيحلف على البت، لأنه يحلف على الإثبات.

وسواء قلنا: لا يحلف، أو قلنا: يحلف، فحلف، فيباع العبد في الجناية إما كله أو بعضه على ما مر، وللمرتهن الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن.

فإن[٣] نكل حلف المرتهن؛ لأنّا إنما حلّفنا الراهن لحقه، فالرد يكون عليه، وما[٤] فائدة حلفه؟ فيه قولان حكاهما الصيدلاني وغيره:

أصحهما: أن فائدته تقرير[٥] الرهن في العبد على ما هو قياس الخصومات.

والثاني: أن فائدته أن يغرم الراهن قيمته ليكون رهناً مكانه ويباع العبد في الجناية بإقرار الرهن، وإن قلنا بالأول فهل يغرم الراهن للمقر له، لأنه بنكوله حال بينه وبين حقه؟ فيه ما سبق من القولين. وإن قلنا بالثاني فهل للمرتهن الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن؟ فيه وجهان؛ ينظر في أحدهما إلى حصول الوثيقة[٦]، وفي الثاني[٧]

---

(١) سقط من (هـ).

(٢) أي: لا يقبل رجوعه.

(٣) في (ز): (وإن).

(٤) سقط: (ما) من (هـ).

(٥) في «الروضة»: (تقدير).

(٦) معنى الوجه الأول: ليس للمرتهن الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن نظراً إلى حصول الوثيقة بالقيمة.

(٧) سقطت الواو من (ط الفكر).

إلى أن[1] عين المشروط لم يسلم، وهو الأصح[2]، وإن نكل المرتهن بِيْعَ العبد في الجناية ولا خيار له في [فسخ][3] البيع ولا غرم على الراهن.

وإذا عرفت تفريع القولين فيما لو أقر بالجناية، فقِسْ به تفريعهما فيما لو أقر بالبيع أو الغصب ونحوهما قبل الرهن[4].

ولو أقرَّ بالعتق وقلنا: إنه لا يقبل إقراره، فالمنصوص أنه يجعل[5] ذلك كإنشاء الإعتاق حتى تعود فيه الأقوال؛ لأن من مَلَكَ إنشاء أمر قُبِلَ إقرارُه فيه. ونقل الإمام في نفوذه وجهين[6]، وإن حكمنا بنفوذ الإنشاء لأنه ممنوع من الإنشاء تبرعاً[7]، وإن نفذناه إذا فعل، وهذا كما أن إقرار السفيه بالطلاق مقبول كإنشائه، ولو أقر بإتلاف مال ففي قبوله وجهان لأنه ممنوع من الإتلاف شرعاً.

ففي[8] مسألة الإقرار بالخيار كلامان:

أحدهما: جميع ما ذكرناه في المسألة مبني على أن رهن الجاني لا يجوز. أما إذا جوزناه، فعن بعض الأصحاب أنه يقبل إقراره لا محالة حتى يغرم للمجني عليه ويستمر الرهن. وقال آخرون: يطرد فيه القولان، ووجه عدم القبول أنه يحصل[9]

---

(١) سقط: (أن) من (ط الفكر) و(هـ).

(٢) معنى الوجه الثاني وهو الأصح: نعم له الخيار، نظراً إلى فوات العين المشروطة.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة للتوضيح.

(٤) من قوله: (وإذا عرفت) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) في (هـ): (لا يجعل).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٣٨).

(٧) في (ز) و(هـ): (شرعاً).

(٨) في (ز): (بقي).

(٩) في (ز) و(هـ): (يحل).

بلزوم الرهن؛ لأن المجني عليه يبيع المرهون لو عجز عن أخذ الغرامة من الرهن.

والثاني: أنه[١] لو أقر بجناية توجب القصاص لم يقبل إقراره على العبد، ولو أقرّ[٢] ثم عفا على مالٍ، فهو كما لو أقر بما يوجب المال.

المسألة الثانية: رهن الجارية الموطوءة جائز، ولا يمنع من التصرف لاحتمال الحمل. فإذا رهن جاريةً فأتت بولدٍ يُنظَر[٣]: إن كان الانفصال لدون ستة أشهر من يوم الوطء أوْ لأكثر من أربع سنين ؛ فالرهن بحاله، والولد مملوك له غير لاحق به، وإن كان لستة أشهر فأكثر إلى أربع سنين فقال الراهن: هذا الولد مني وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن نظِر: إن صدّقه المرتهن أو قامت عليه به بينة فهي أم ولدٍ له، والرهن باطل وللمرتهن فسخ البيع الذي شرط فيه رهنها، وإن كذبه المرتهن ولا بينةَ، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاد قولان، كما لو أقر بالعتق ونظائره والتفريع كما مر. وعلى كل حال؛ فالولد حر ثابت النسب عند الإمكان، ولو لم يصادف ولداً في الحال. وزعم الراهن[٤] أنها ولدت منه قبل الرهن، ففيه هذا التفصيل والخلاف.

وقوله في الكتاب: (وكل واحد من المرتهن أو المقر له مهما نكل فقد أبطل حق نفسه عن الغرم بنكوله)[٥]، هذا في حق المقر له مفرع على قول التغريم من قولي الغرم بالحيلولة. أما المرتهن فليس له غرمٌ تفريعاً على قولنا: إنه لا يقبل إقرار الراهن حتى يفرض بطلانه بنكوله، نعم على قولنا: يقبل إقرار الراهن، ينتهي التفريع

---

(١) سقط من (هـ)، والضمير يعود على السيد.

(٢) في (ط الفكر): (قال).

(٣) في (ز) و(هـ): (نظر).

(٤) في (ز): (المرتهن).

(٥) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٥/ ٥٢٨).

إلى أن يغرم له الراهن القيمة على رأي كما سبق، وذلك هو الذي يبطل بنكوله. فإذاً كان الأحسن أن يذكر هذا بعد التفريع على القولين جميعاً، لا في آخر التفريع على الأول. وقوله: (فهل للمرتهن تحليفه؟ وجهان)، ذكرنا أن بعضهم رواهما قولين، وأن قوله: (قولان)، في المسألة بعدها يرويها بعضهم وجهين، والأولى أن يرويهما جميعاً قولين أو وجهين[1] أو يروي في الأولى قولين[2] وفي الثانية وجهين[3]. فأما تفريع القولين على الوجهين فهو مما يستبعد.

وقوله: (فيريد[4] أن المستولدة تحلف)، أي إذا فرعنا على أن المجني عليه يحلّف في مسألة الجناية، فهاهنا يحلف المستولدة فإنها تقع في رتبته، وفي العتق يحلف العبد[5].

فرع:

لو أقر بجناية ينقص[6] أرشها عن قيمة العبد ومبلغ الدين فالقول[7] في مقدار الأرش على الخلاف السابق، ولا يقبل فيما زاد على ذلك؛ لظهور التهمة. وقيل بطرد الخلاف فيه.

فرع آخر:

لو باع عبداً ثم أقر بأنه كان قد غصبه أو باعه أو بأنه[8] اشتراه شراءً فاسداً

---

(١) في (ز) و(هـ): (قولان أو وجهان).

(٢) في (ز) و(هـ): (قولان).

(٣) في (ز) و(هـ): (وجهان).

(٤) في (ط الفكر) و(هـ): (مريداً).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٢٢): «قلت: ولو أقرّ بأنه استولدها بعد لزوم الرهن فإن لم ينفذ استيلاده لم يقبل إقراره وإلّا ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعتق. أصحهما: يقبل. والله أعلم».

(٦) في (ز) و(هـ): (يقصر).

(٧) في (هـ): (بالقبول).

(٨) في (ز): (أو باعه وأنه)، وفي (هـ): (أو باعه أو أنه).

لم يلتفت إلى قوله، لأنه إقرار في ملك الغير، والإقرار في ملك الغير مردودٌ ظاهراً، ويخالف إقرار الراهن، فإنه في ملكه، وعن بعض الأصحاب إجراء الخلاف فيه، والمذهب الأول. وحينئذ يكون القول قول المشتري، فإن نكل فالرد على المدعي أو على المقر البائع؟ حكى القاضي ابن كج فيه قولين.

ولو آجَر عبداً ثم أقر بأنه كان قد باعه أو آجَره أو أعتقه، ففيه الخلاف المذكور في الرهن لبقاء الملك. ولو كاتبه ثم أقر بما لا يصح معه الكتابة، فإن القاضي ابن كج أجرى الخلاف فيه، وقال الشيخ أبو حامد وغيره: لا يقبل بحال، لأن المكاتب بمنزلة مَنْ زال الملك عنه. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الأمر[1] الرابع: فيما يفكُّ الرَّهن. فلو أذنَ المرتَهِنُ في البيع، ثم ادَّعى الرُّجوعَ قبلَ البيع، فالقولُ قولُه (و)؛ لأن الأصلَ أن لا يبيعَ ولا رجوعِ: فيتعارضان، ويبقى أن الأصلَ استمرارُ العقد. ولو قالَ الرّاهن: ما سلَّمته من المالِ كان عن جهةِ الدَّينِ الذي به الرهنُ[2] فانفَكّ، وادعى المرتهَنُ أنه عن جهةِ غيرِه، فالقولُ قولُ الرّاهن. وكذا في كلِّ ما يدَّعيه من قصودِه[3] في الأداء، فإنه أعْرَفُ بنيّةِ نفسِه. ولو قال: لم أنْوِ عندَ التَّسليمِ أحدَ الدَّينَين، فعلى وجهٍ يوزَّعُ على الجهتَين. وعلى وجهٍ: يقالُ له: اصرِفِ الآنَ إلى ما شئت. وكذا في جميع نظائره).

---

(١) سقط من (ز) و(هـ).

(٢) في (ز): (رهن).

(٣) في (ز) و(هـ): (قصده).

الأمر الرابع مما[١] يتنازع فيه المتراهنان: ما[٢] يفك الرهن. وذَكَرَ فيه صورتين[٣]:

إحداهما: إذا أذن المرتهن في بيع الرهن وباع الراهن ورجع المرتهن عن الإذن ثم اختلفا، فقال المرتهن: رجعت قبل أنْ بعتَ فلم يصح بيعك وبقيَ المال رهناً كما كان، وقال الراهن: بل رجعت بعد البيع؛ فوجهان:

أظهرهما ـ عند الأكثرين ـ: أن القول قول المرتهن، لأن الأصل عدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه، والأصل عدم[٤] بيع الرهن[٥] في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان[٦]، ويبقى أن الأصل استمرار الرهن.

والثاني: أن القول قول الراهن لتقوي جانبه بالإذن الذي سلمه المرتهن. وتوسط في «التهذيب» بين الوجهين فقال: إن قال الراهن أولاً: «تصرفت بإذنك»، ثم قال المرتهن: «كنتُ رجعتُ قبله»؛ فالقول قول الراهن مع يمينه. وإن قال المرتهن أولاً: «رجعت عما أذنت»؛ فقال الراهن: «كنت تصرفت[٧] قبل رجوعك»، فالقول قول المرتهن[٨] مع يمينه، لأن الراهن حين أخبر لم يكن قادراً على الإنشاء، ولو أنكر الراهن أصل الرجوع فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الرجوع[٩].

---

(١) في (ز) و(هـ): (فيما).

(٢) في (هـ): (تما).

(٣) في (هـ): (صور).

(٤) سقط من (هـ).

(٥) في (ز): (الراهن) بمعنى المرهون.

(٦) في (ز): (فتعارضها).

(٧) أي: بعت.

(٨) في (ز): (ـه).

(٩) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٢٨).

الصورة[١] **الثانية**: إذا كان عليه دينان بأحدهما رهن دون الآخر فسلم إليه ألفاً ثم اختلفا فقال مَنْ عليه الدين: «سلمته عما به الرهن»، وقال المستحق[٢]: «بل عن الآخر»[٣]؛ فالقول قول الدافع مع يمينه، لأنه أعرف بقصده وكيفية أدائه. ولا فرق بين أن يختلفا في مجرد النية أو في اللفظ أيضاً بأن يقول: «قد ذكرت أنه عن هذا الدين» وخالفه الآخر. وكذا الحكم لو كان بأحدهما كفيل أو كان أحدهما حالاً أو عن ثمن مبيع وهو محبوس به، فقال: «سلمته عنه» وأنكر صاحبه. قال الأئمة: والاعتبار في أداء الدين بقصد المؤدي حتى لو ظن المستحق أنه يودعه عنده[٤] وظن[٥] مَنْ عليه الدين الأداء[٦][٧] تبرأ ذمته ويصير المؤدَّى ملكاً للمستحق[٨].

فإن كان عليه دَيْنان فأَدّى عن أحدهما بعينه وقع عنه، وإن ادَّعى عنهما يسقط على الدينين، وإن لم يقصد في الحال شيئاً فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: أنه يوزع على الدينين، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر.

وأظهرهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه يراجع حتى يصرفه إليهما أو إلى أيهما

---

(١) سقط من (ز) و(هـ).

(٢) أي: القابض.

(٣) أي: عن الدين.

(٤) سقط من (هـ).

(٥) في (ز) و(هـ): (وقصد).

(٦) سقط من (هـ).

(٧) في (ز): (من عليه أداء الدين تبرأ).

(٨) أي: القابض.

شاء(١). كما إذا كان له مالان، حاضر وغائب ودفع دراهم إلى المستحقين زكاة وأطلق له صرفها إلى من(٢) شاء منهما.

وتردد الصيدلاني في حكاية الوجه الأول: أنه يوزع على قدر الدينين(٣) أو على المستحقين بالسوية؟

وعلى هذا القياس نظائر المسألة: كما إذا تبايع(٤) مشتركان درهماً بدرهمين وسلم الفضل من التزامه ثم أسلما، إن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الأصل، وإن قصد تسليمه عن الأصل فلا شيء عليه، وإن قصد تسليمه عنهما وزّع عليهما(٥) وسقط ما بقي من الفضل، وإن لم يقصد شيئاً ففيه الوجهان.

ولو كان لزيد عليه مئة ولعمرو مثلها فوكّلا وكيلاً بالاستيفاء فدفع المديون إلى الوكيل لزيد أو لعمرو فذاك، وإن أطلق فعلى الوجهين.

ولو قال: «خذه وادفعه إلى فلان أو إليهما»، فهذا توكيلٌ منه بالأداء، وله التغيير(٦) ما لم يصل إلى المستحق(٧).

---

(١) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥٣١).

(٢) في (ز) و(هـ): (ما).

(٣) أي: بالتقسيط.

(٤) في (ز): (باع).

(٥) في (ز): (عنهما).

(٦) في (هـ): (التعيين).

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ١٢٤): «قلت: هذا الذي ذكره اقتصار على الأصح. فقد قال إمام الحرمين: إذا قال من عليه الدين لهذا الوكيل: «خذ الألف وادفعه إلى فلان» فوجهان:
أفقهها: أنه بالقبض ينعزل عن وكالة المستحق وصار وكيلاً للمديون.
والثاني: يبقى وكيلاً للأول. =

ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن مئة، وكل واحد منهما مئة، نظِر: إن قصد أحدهما أو قصدهما؛ فالأمر على ما قصد، وإن أطلق فعلى الوجهين، ولو اختلفا فقال المبرئ: «أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن أو الكفيل[1]»، وقال المديون: «بل عن الآخر»؛ فالقول قول المبرئ مع يمينه. والله أعلم.

هذا شرح ما أورده في باب النزاع.

وقد يختلف المتراهنان في أمور أخر:

منها: ما اندرج فيما قبله من أبواب الرهن.

ومنها: ما إذا اختلف المتراهنان[2] في قدم عيب الرهن وحدوثه إذا كان مشروطاً في بيع[3]، وقد ذكرناه في كتاب البيع.

ومن فروع هذا الباب:

ما إذا رهنه عصيراً ثم اختلفا بعد القبض؛ فقال المرتهن: «قبضته وقد تخمر فلي الخيار في فسخ[4] البيع المشروط فيه هذا الرهن»، وقال الراهن: «بل صار عندك خمراً»، فقولان:

= فعلى هذا: لو تلف في يد الوكيل بغير تقصير. فمن ضمان صاحب الدين وقد برئ الدافع. وعلى الأول هو من ضمان الدافع. والدين باقٍ عليه. وإن قصد الوكيل فعليه الضمان. وأيهما يطالبه؟ فيه الوجهان. قال الإمام: ولا يشترط في جريان الوجهين قبول الوكيل صريحاً بالقول. بل مجرد قوله: «ادفع إلى فلان» فيه الوجهان. والله أعلم».

(١) في (ز) و(هـ): (والكفيل).

(٢) في (ز) و(هـ): (ما إذا اختلفا).

(٣) قوله: (في بيع) سقط من (ط الفكر).

(٤) سقط من (ز) و(هـ).

أصحهما: أن القول قول الراهن مع يمينه، لأن الأصل بقاء البَيْع[١]. والمرتهن يتدرج بما يقوله إلى الفسخ.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٢] والمزني ـ: أن القول قول المرتهن مع يمينه، لأن الأصل عدم القبض الصحيح، ولو زعم المرتهن أنه كان خمراً يوم العقد، وكان الشرط شرط رهنٍ فاسدٍ؛ فمنهم من طرد القولين.

وعن ابن أبي هريرة: القطع بأن القول قول المرتهن، ومأخذ الطريقين أن فساد الرهن هل يوجب فساد البيع؟ إن قلنا: لا، خرج على القولين، وإن قلنا[٣]: نعم، فالجواب ما قاله ابن أبي هريرة، لأنه ينكر أصل البيع، والأصل عدمه، ويمكن أن يخرج على[٤] الخلاف، وإن قلنا: إن فساد الرهن يوجب فساد البيع على الخلاف فيما إذا اختلف المتبايعان في شرط مفسد، وقد مر.

ثم هاهنا فائدتان:

إحداهما: خرّج مخرجون قولين على أن المدعي من يدعي أَمْراً خفياً، والمدعى عليه مَنْ يدعي أمراً جلياً أو[٥] المدعي مَنْ لو سَكَتَ تُرِك، والمدعى عليه مَنْ لو سكت

---

(١) في (ط الفكر): (المبيع).

(٢) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٩٧): «ولو رهن شيئاً بثمن عبد فظهر حراً، أو بثمن خل فظهر خمراً، أو بثمن ذكية فظهرت ميتة، فالرهن مضمون، لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً». وقال في «الدر المختار» (٥/ ٣١٤): «قال الراهن: «الرهن غير هذا»، وقال المرتهن: «بل هذا هو الذي رهنته عندي»، فالقول للمرتهن».

(٣) في (ز) و(هـ): (لا عاد القولان وإن قلنا).

(٤) سقط من (ز) و(هـ).

(٥) في (ط الفكر): (و).

لم يُترَك. وهذا أصلٌ معروفٌ في موضعه. فإن قلنا بالأول؛ فالمدعي الراهن. لأنه قد[١] يدعي[٢] جريان القبض الصحيح، والأصل عدمه فيكون القول قول المرتهن. وإن قلنا بالثاني؛ فالمدعي المرتهن، لأنه لو سكت لترك، والراهن لا يترك لو سكت فيكون القول قول الراهن.

والثانية: استنبط القاضي الحسين من القولين[٣] الجواب في فرعين:

أحدهما: سُلِّم العبدُ المشروطُ رهْنُه ملفوفاً في ثوبٍ، ثم وجد ميتاً، فقال الراهن: «مات عندك». وقال المرتهن: «بل كان ميتاً». قال: في المصدَّق منهما القولان.

والثاني: اشترى مائعاً وجاء بظرفٍ فَضَّه[٤] البائع فيه فوجدت فيه فأرة ميتة، فقال البائع: «إنها كانت في ظرفك»، وقال المشتري: «بل أقبضتنيه وفيه الفأرة»، ففيمن[٥] يصدق؟ القولان. ولو زعم المشتري أنها كانت فيه يوم البيع، فهذا اختلاف في أن العقد جرى صحيحاً أو فاسداً؟ والله أعلم.

خاتمة: ليس للراهن أن يقول: «أحضر المرهون وأنا أؤدي دينك من مالي»، بل لا يلزمه الإحضار بعد الأداء أيضاً، وإنما عليه التمكين كالمودع. والإحضار وما يحتاج إليه مِنْ مؤونة على رب المال. ولو احتاج إلى بيعه في الدين لم يكن عليه الإحضار

---

(١) سقط: (قد) من (هـ).

(٢) في (ز): (لأنه يزعم).

(٣) قوله: (من القولين) سقط من (ز).

(٤) في (ز) و(هـ): (فضبه).

(٥) في (ط الفكر) و(هـ): (فيمن).

أيضاً، بل يكلف الراهن مؤونته[١] ويحضره القاضي حتى[٢] يبيعه. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٢٥-١٢٦): «قلت: قال صاحب «المعاياة»: إذا رهن شيئاً ولم يشرط جعله في يد عدل أو المرتهن. فإن كان جارية صح قطعاً. وكذا غيرهما على الصحيح. والفرق أنها لا تكون في يد المرتهن وغيرهما قد يكون فيتنازعان. قال أصحابنا: لو كان بالمرهون عيب، ولم يعلم به المرتهن حتى مات، أو حدث به عيب في يده لم يكن له فسخ البيع المشروط فيه، كما لو جرى ذلك في يد المشتري. وليس له أن يطالب بالأرش ليكون مرهوناً. صرّح به القاضي أبو الطيب وغيره. قال القاضي: ولو رهن عبدين وسلّم أحدهما فمات في يد المرتهن امتنع الراهن من تسليم الآخر، لم يكن له خيار في فسخ البيع لأنه لم يمكنه رده على حاله. والله أعلم».

(٢) سقط من (ز) و(هـ).

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(كتاب التَّفليس

التماسُ الغُرماءِ الحجرَ بالدُّيونِ الحالّةِ الزّائدةِ على قدرِ المال، سببٌ لضَربِ الـحَجرِ (ح) على المفلِس؛ بدليلِ الحديث. وفي التماسِ المفلِسِ ديونَ الغرماء، والتماسِ الغرماءِ بدَيْنٍ يساوي المالَ أو يقربُ منه خلافٌ، والديونُ المؤجّلةُ لا حَجرَ بها (و)، ولا يحلُّ الأجلُ[1] بالفَلس؛ على الأصحّ).

التفليس: النداء على المفلس وإشهاره بصفة الإفلاس، ولفظ الإفلاس مأخوذ من الفلوس. وقولهم: «أفلس الرجل»، كقولهم: «أخبث» أي: صار أصحابُه خبثاء، لأن ماله صار فلوساً وزيُوفاً، ولم يبق مالُه خطراً. وكقولهم: «أذل الرجل» إذا صار في حالٍ يذل فيها، لأنه صار إلى حالة[2] يقال فيها[3]: ليس معه فَلْس، أو يقال فيها[4]: لم يبق معه[5] إلاّ الفلوس، أو كقولهم: «أسهل الرجل وأحزن» إذا وصل إلى السهل والحَزن، لأنه انتهى أمره وتصرفه إلى الفلوس، هذا في اللغة.

وأما في الشرع؛ فقد قال الأئمة رحمهم الله: المفلس من عليه ديون لا يفي بها مالُه.

ومثل هذا الشخص يجوز للحاكم الحجر عليه بالشرائط التي نذكرها.

---

(١) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (حال).

(٣) سقط من (ط الفكر).

(٤) سقط من (ز) و(ظ).

(٥) في (ز): (ليس معه).

وإذا حجر عليه، ثَبَتَ حُكْمان:

أحدهما: تعلق الدين[١] بماله، حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر الغرماء، ولا تزاحمهم الديون الحادثة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

والثاني: أن من وَجد عند المفلس عينَ ماله كان أحق به من غيره. ولو مات مفلساً قبل أن يحجر عليه تعلقت الديون بالتركة على ما مرّ بيانه، ولا فرق فيه بين المفلس وغيره.

وأما الحكم الثاني: فإنه يثبت[٢] ويكون بموته[٣] مفلساً كالحجر عليه.

وقال مالك[٤]: يحجر عليه ويثبت التعلق[٥] والرجوع، ولكنهما لا يثبتان بالموت.

وحكى أصحابنا عن أحمد[٦] مثل مذهبنا، ورأيت في بعض كتب أصحابه أن مذهبه كمذهب مالك.

وأما أبو حنيفة[٧] فإنه قال: ليس للحاكم الحجر عليه.

فإن فَعَلَ وأمضاه حاكمٌ نفذ في امتناع التصرف عليه، ولكن لا رجوع للبائع في عين متاعه.

---

(١) في (ز): (الديون).

(٢) أي: الفلس.

(٣) سقطت الباء من (ظ).

(٤) «القوانين الفقهية» ص٢١٠، و«المغني» (٤/ ٤٨١).

(٥) في (ز): (التعليق).

(٦) «المغني» (٤/ ٤٥٣، ٤٨١).

(٧) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٢)، قال أهل المذهب: والفتوى على قول الصاحبين في بيع مالِه لامتناعه كما ذهب إليه المذاهب الثلاثة.

وجه المذهب: ما روِي عن كعب بن مالك: أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذٍ وباع عليه ماله[١]. وعن أبي هريرة أنه ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء»[٢]، ويروى[٣] عنه أنه قال في مفلس أتوه به[٤]: هذا الذي قَضى فيه رسول الله ﷺ: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه[٥] إذا وجده بعينه»[٦].

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٨)، في البيوع، عن كعب بن مالك مرفوعاً بلفظ: أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله، وباعه في دين عليه. وقال: «صحيح على شرط الشيخين» ووافقه عليه الذهبي، والدارقطني (٤/ ٢٣٠ - ٢٣١)، برقم (٩٥)، متصلاً عنه أيضاً، والبيهقي (٦/ ٤٨).
وأخرجه أبو داود في «المراسيل» ص١٤١ - ١٤٢ برقم (١٥٢)، عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك بلفظ: أن معاذ بن جبل لم يزل يدان حتى أغلق ماله كله، فأتى غرماؤه إلى النبي ﷺ، فطلب معاذ إلى النبي ﷺ أن يسأل غرماءه أن يضعوا أو يؤخروا، فأبوا. فلو تركوا لأحد من أجل أحد، لتركوا لمعاذ من أجل رسول الله ﷺ، فباع النبي ﷺ ماله كله في دينه حتى قام معاذ بغير شيء.
قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٧): «قال عبد الحق: المرسل أصح من المتصل».
وأخرجه عبد الرزاق متصلاً مطولاً في «المصنف» (٨/ ٢٦٨)، برقم (١٥١٧٧)، عن كعب بن مالك.

(٢) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٥/ ٧٦)، برقم (٢٤٠٢)، في الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به. ومسلم (٣/ ١١٩٣)، برقم (١٥٥٩)، في المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، فله الرجوع فيه، ولفظهما: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»، وفي لفظ لمسلم برقم (٢٤): «إذا أفلس الرجل فوجد....» وفي لفظ له: «.... فهو أحق به من الغرماء» من حديث أبي هريرة.

(٣) في (ز) و(ظ): (وروي).

(٤) في (ز) و(ظ): (فيه).

(٥) في (ظ): (بعينه).

(٦) أخرجه ابن ماجَهْ (٢/ ٧٩٠)، برقم (٢٣٦٠)، في الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، بهذا اللفظ. وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٧٧)، برقم (٣٣٨٠)، في البيوع باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه، بلفظ: «من أفلس أو مات....»، وتكلما في إسناده. والحاكم =

ومن جهة المعنى: أنه عقد معاوضة يدخله[١] الفسخ بالإقالة، فدخله الفسخ بتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه[٢]. واحترزوا بالوصف عن الحوالة والخلع.

ثم هاهنا مباحثات:

إحداها: لا شك أن التعلق المانع من التصرف يفتقر ثبوته إلى توسط حجر القاضي عليه. وهل الرجوع إلى عين المبيع كذلك، أو هو مستغن عن الحجر؟ إن كان الأول؛ فما وجه قوله ﷺ: «أيما رجل مات أو أفلس؟» الحديث أثبت الأحقية بمجرد الإفلاس. وإن كان الثاني؛ فلِمَ جَعل صاحب الكتاب الرجوع حكماً للحجر حيث قال: (ثم للحجر أحكام أربعة)، وهو أحدها، وعلى هذا التقدير يكون الرجوع حكم الإفلاس[٣] لا حكمًا للحجر[٤]؟

والجواب الذي يدل عليه كلام الأصحاب هاهنا تعريضاً وتصريحاً افتقار الرجوع إلى توسط[٥] الحجر كافتقار[٦] تعلق الديون بالمال. ولفظ الكتاب مطابق له، إلّا أن ما

= (٢/ ٥٠ - ٥١)، في البيوع وصححه. والبيهقي (٥/ ٤٦)، في التفليس. وفي إسنادهم أبو المعتمر. قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٨): «قال أبو داود والطحاوي وابن المنذر: هو مجهول ولم يذكر ابن أبي حاتم له إلّا راوياً واحداً وهو ابن أبي ذئب. وذكره ابن حبان في «الثقات». وروى ابن حبان والدارقطني وغيرهما من طريق سفيان في حديث أبي بكر عن أبي هريرة اللفظ الذي ذكره المصنف». قلت: وهو عند ابن حبان مع «الإحسان» (٧/ ٢٤٧) برقم (٥٠١٥)، وعند الدارقطني (٣/ ٢٩) برقم (١٠٨)، لكنه ليس بلفظ المصنف. وفيه ذكر الإفلاس فقط. والحديث مرسل عند الرافعي كما سيأتي.

(١) في (ظ): (يدخل).

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) من قوله: (حيث قال) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) قوله: (لا حكمًا للحجر) سقط من (ظ)، وفي (ز): (يكون الرجوع حكمًا للإفلاس لا حكمًا كالحجر).

(٥) في (ز) و(ظ): (توسيط).

(٦) في (ظ): (لافتقار).

حكيناه في تفريع الأقوال عند اختلاف المتبايعين في البداية بالتسليم يُشعر باستغنائه عند الحجر فراجعه إن لم تتذكر[١]، والمعتمد الأول.

والحديث يحتمل وجوهاً من التأويل:

منها: أن يريد بالإفلاس الحجر، فعبر[٢] بالسبب[٣] عن المسبِب، فإن الإفلاس سبب الحجر.

ومنها: أن يضمر الحجر فيه.

ومنها: أن يقال: لفظ الحديث الأحقية، وهذا اللفظ يصدق بالتمكن من الرجوع بسلوك الأسباب المفضية إليه، ومن جملتها طلب الحجر، فإذاً مجرد الإفلاس يفيد[٤] الأحقية.

الثانية: فيما نقلناه عن الأئمة في تفسير المفلس قيدان: أحدهما: المديونية، والآخر: أن يكون مالُه قاصراً عن الوفاء بالديون، والقيد الأول لا بد منه لجواز الحجر، وأما الثاني: فيجوز أن يقال: إنه لا حاجة إليه، بل مجرد الدين يكفي لجواز الحجر منعاً له من التصرفات فيما عسَاه يحدث له باصطياد واتهاب والظفر بركازٍ وغيرها[٥] فإن كان كذلك فليُفَسر المفلس بالذي ليس له مال[٦] يفي بديونه، لينتظم

---

(١) في (ظ): (لم يذكر).

(٢) في (ز): و(ظ): (تعبيراً).

(٣) في (ظ): (بالتّسبب).

(٤) في (ظ): (غير).

(٥) قال في «مغني المحتاج» (٢/ ١٤٦) فيما قاله الرافعي: «وهو مخالف للنص والقياس. إذ ما يحدث له إنما يحجر عليه فيه تبعاً للموجود، وما جاز تبعاً لا يجوز قصداً». ورأى أن يقيد الدين باللازم ليخرج به دين الكتابة والمعاملة التي على المكاتب لسيده.

(٦) في (ظ): (ليس ماله).

من لا مَالَ له أصلاً، ومن له مال قاصر[١]. وإنما[٢] يراد بالمفلس في المشهور[٣]: من لا مال له. فإنه بمجرده لا يؤثر في هذه الأحكام بحال.

الثالثة: قوله ﷺ: «أيما رجل مات أو أفلس» يقتضي ظاهره ثبوت الرجوع. وإن كان مالُ الميتِ وافياً بالديون فهذا الظاهر هل هو معمول[٤] به أم لا؟

الجواب: أثبت الإصطخري الرجوعَ بمجرد الموت أخذاً بهذا الظاهر، والمذهب المنع لتيسر[٥] الوصول إلى الثمن كما في حال الحياة، والخبر محمولٌ على ما إذا مات مفلساً، لأنه روي في بعض الروايات أنه ﷺ قال: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ما لم يختلف[٦] وفاء»[٧].

وإذا تقررت هذه التمهيدات فالكلام بعده في أنه متى يحجر عليه؟ قال حجة الإسلام[٨]: (التماس الغرماء الحجرَ بالديونِ الحالة الزائدةِ على قدر المال سببٌ لضربِ الحجر على المفلس)، وفيه قيود:

أولها: الالتماس، ولا بد منه، وليس للقاضي أن يحجر عليه من غير التماس، لأن هذا الحجر لمصلحة الغرماء والمفلس[٩]، وهم ناظرون لأنفسهم، فلا يتحكم الحاكم

---

(١) في (ز): (ومن لا مال له قاصر).

(٢) في (ز) و(ظ): (وأما ما).

(٣) في (ز): (بالمفلس: المشهور وهو).

(٤) في (ز): (بالديون فهل هذا الظاهر معمول).

(٥) في (ظ): (لزل).

(٦) في (ز) و(ظ): (يخلف).

(٧) قوله: «ما لم يختلف وفاءً»، وجدته بلفظ: «إلاّ أن يترك الرجل وفاءً»، في حديث أبي المعتمر عن أبي هريرة الذي سبق في «السنن الكبرى» (٥/ ٤٦)، في التفليس، باب المشتري يموت مفلساً بالثمن.

(٨) في (ظ): (قال المصنف رحمه الله).

(٩) في (ز): «أو المفلس». (م ع).

عليهم. نعم لو كانت الديون لمجانين أو أطفال أو محجورين بالسفه، تولى القاضي الحجر لمصلحتهم من غير التماس، ولا يحجر لدين الغائبين، لأنه لا يستوفى مالهم في الذمم وإنما تحفظ أعيان أموالهم[1].

وثانيها: كون الالتماس من الغرماء وفيه مسألتان:

إحداهما: لو التمس بعضهم دون بعض، نُظِرَ: إن كان دين الملتمس قدراً يجوز الحجر عليه لذلك القدر أُجيبوا، ثُم لا يختص الحجر بهم بل يعم أثره الكل[2]، وإن لم يكن فوجهان؛ الأظهر: المنع.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه يحجر ولا يضيع حقه بتكاسل غيره.

الثانية: لو لم يلتمس أحد منهم والتمسه المفلس؛ فوجهان:

أحدهما: لا يجاب إليه، لأن الحرية والرشد ينافيان الحجر، وإنما يصار إليه إذا حقت طلبة الغرماء.

وأظهرهما: الإجابة[3]، لأن له فيه غرضاً ظاهراً، وقد روي أن الحجر على معاذ رضي الله عنه كان بالتماسٍ منه، دون طلب الغرماء[4].

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٢٨): «قلت: وإذا وجد الالتماس مع باقي الشروط المجوّزة للحجر وجب على الحاكم الحجر. صرّح به أصحابنا كالقاضي أبي الطيب وأصحاب «الحاوي» «والشامل» و«الوسيط» وآخرين. وإنما نبهت عليه، لأن عبارة كثيرين من أصحابنا: (فللقاضي الحجر) وليس مرادهم أنه مخير فيه. والله أعلم».

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٢٨): «قلت: أطلق أبو الطيب وأصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«التهذيب»: أنه إذا عجز ماله عن ديونه، فطلب الحجر بعض الغرماء حجر، ولم يعتبروا قدر الطالب، وهذا قويٌّ. والله أعلم».

(٣) أي الحجر عليه.

(٤) قلت: ربما هذه الرواية مأخوذة مما رواه البيهقي (٦/ ٤٨) بلفظ: «... حتى دان عليه ـ أي معاذ ـ دين =

وثالثها: كون الديون حالة. فإن كانت مؤجلة فلا حجر بها، سواء كان له ما يفي بها أو لم يكن، لأنه لا مطالبة في الحال، وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة. وإن كان البعض حالاً والبعض مؤجلاً، نظِر: إن كان الحال قدراً[١] يجوز الحجر به[٢] حُجِر، وإلّا فلا.

وإذا حجر عليه فهل يحل ما عليه من الديون المؤجلة؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، وبه قال مالك[٣]، لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فيسقط الأجل كالمتوفى[٤].

وأصحهما: لا، لأن المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدة الأجل ما يقضي به الدين، وهذا المقصود غير ثابت[٥] بخلاف صورة الموت، فإن توقع الاكتساب قد يبطل، وهذا ما اختاره المزني، ونقله عن «الإملاء».

وعن الشيخ أبي محمد: ترتيب هٰذين القولين على القولين في أن من عليه الدين

= أغلق ماله، فكلم رسول الله ﷺ في أن يكلم غرماءه ففعل فلم يضعوا له شيئاً...»، لكن سبق ما رواه أبو داود في مراسيله، وفيه إتيان الغرماء إلى النبي ﷺ أولاً، ثم طلب معاذ توسط النبي ﷺ فيه في أن يضعوا أو يؤخروا...، ولم أعثر على ما رواه الرافعي بلفظه.

أقول: ربما يفهم ذلك مما رواه الدارقطني في سننه (٤/ ٢٣٠) عن كعب بن مالك: «أن رسول الله ﷺ حَجَرَ على معاذ ما له وباعه في دين كان عليه»؛ إذ ليس فيه تقدّم الغرماء بطلب الحجر على معاذ، والله أعلم. (م ع).

(١) في (ز) و(ظ): (قدر ما).

(٢) في (ز) و(ظ): (له).

(٣) «القوانين الفقهية» ص٢١٠.

(٤) في (ز): (كالموت).

(٥) في (ز) و(ظ): (فَائِت).

المؤجل لو جُنَّ هل يحل[١] عليه[٢] الأجل؟ وأن الحلول في صورة الجنون أولى، لأن المجنون لا استقلال له كالميت، وقيّمه ينوب عنه كما ينوب الوارث عن الميت.

ورأى الإمام الترتيب بالعكس أولى، لأن قيم المجنون له أن يبتاع له بثمنٍ مؤجل عند ظهور المصلحة، فإذا لم يمنع الجنون التأجيل ابتداءً فَلأن لا يقطع الأجل دواماً كان أولى[٣].

التفريع:

إذا قلنا بالحلول؛ قُسم المال بين أصحاب هذه الديون، وأصحاب الديون الحالة في الابتداء كما لو مات. وإن كان في الديون المؤجلة ما كان ثمن متاع وهو قائم عند المفلس فلصاحبه الرجوع إلى عين متاعه كما لو كان حالاً في الابتداء. وعن القاضي أبي الطيب أن أبا إسحاق قال: فائدة الحلول أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائعه[٤]، ويكون محفوظاً له إلى مضي المدة، فإن وجد المفلس وفاءً فذاك، وإلاّ فحينئذ يفسخ. وقيل: لا فسخ حينئذٍ أيضاً، بل لو باع بثمن مؤجل وحلَّ الأجلُ ثم أفلس المشتري وحجر عليه فليس للبائع الفسخُ والرجوعُ إلى المبيع[٥]؛ لأن البيع بالثمن المؤجل يقطع حق البائع عن المبيع بالكلية، ولهذا لا يثبت فيه حق الحبس للبائع. والأصح: الأول.

وإن قلنا بعدم الحلول بيع ماله وقسّم على أصحاب الديون الحالة ولا يُدَّخر

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) سقط من (ز) و(ظ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٠٢).

(٤) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١١٦).

(٥) في (ظ): (الثمن).

لأصحاب الديون المؤجلة شيءٌ، ولا يدام الحجر بعد القسمة لأصحاب الديون المؤجلة كما لا يحجر بها ابتداءً.

وهل تدخل في البيع الأمتعةُ[١] المؤجلة الأثمان؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كسائر أموال المفلس، وليس لبائعها تعلقٌ بها؛ لأنه لا مطالبة في الحال، وعلى هذا فإن لم يتفق بيعها وقسمتها[٢] حتى حل الأجل؛ ففي جواز الفسخ الآن وجهان[٣].

والثاني: أنها لا تباع فإنها كالمرهونة بحقوق بائعها، بل يتوقف[٤] إلى انقضاء الأجل، فإن انقضى والحَجْرُ باقٍ ثبت حق الفسخ، وإن أطلق[٥] فكذلك. ولا حاجة إلى إعادة الحجر بل عزلها وانتظار حلول الأجل كإبقاء الحجر بالإضافة إلى البيع[٦].

ونقل الإمام وجهاً آخر: أنه لا بد من إعادة الحجر ليثبت حق الفسخ، وذكر أيضاً تفريعاً على القول الأول وجهين في أنه لو لم يكن عليه إلّا ديون مؤجلة وطلب أصحابها الحجر هل يجابون؟ فيه وجهان:[٧]

أحدهما: نعم، فإنهم يتوسلون به إلى الحلول أو[٨] المطالبة.

---

(١) أي: الأمتعة المشتراة بالمؤجل.

(٢) في (ظ): (قيمتها).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ١٢٩): «قلت: أصحهما: الجواز قاله في «الوجيز». والله أعلم».

(٤) في (ز) و(ظ): (توقف).

(٥) أي: فك.

(٦) في (ز) و(ظ): (المبيع).

(٧) قوله: (فيه وجهان) سقط من (ط الفكر) و(ز).
«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٠٣).

(٨) في (ز): (و).

وأصحهما: لا، لأن طلب الحجر فرع طلب الدين وعسر تحصيله[١] فلا يتقدم عليه. ويصح إعلام قوله في الكتاب: (والـديون الـمؤجلة لا حجر بها)، بالواو[٢] للوجه الأول.

ورابعها: كونُ الديون زائدةً على قدر أمواله. فإن كانت متساوية والرجل كسوب ينفق من كسبه فلا حجر. وإن ظهرت أمارات الإفلاس بأن لم يكن كسوباً وكان ينفق من ماله أو لم يفِ كسبه بنفقته فوجهان:

أحدهما: يحجر عليه كي لا يضيع ماله في النفقة، والديون إذا ساوت المال فستزيد[٣] عن قريب.

والثاني: أنه لا يحجر، لأن الوفاء حاصل وهم متمكنون من المطالبة في الحال، وهذا أصح عند العراقيين، وذكر الإمام أن المختار هو[٤] الأول[٥]. ويجري الوجهان فيما إذا كانت الديون أقل وكانت بحيث يغلب على الظن انتهاؤها إلى حد المساواة ومنه إلى الزيادة لكثرة النفقة، وهذه الصورة أولى بالمنع.

وإذا حجرنا في صورة المساواة، فهل لمن وَجَدَ عينَ ماله عند المفلس الرجوعُ؟ فيه وجهان:

أصحهما[٦]: نعم، لإطلاق الحديث.

---

(١) في (ط الفكر): (تخليصه).

(٢) سقط من (ز).

(٣) في (ز) و(ظ): (فتستزيد).

(٤) سقط من (ز) و(ظ).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٠٣).

(٦) في (ز) و(ظ): (أحدهما).

والثاني: لا، لتمكنه من استيفاء الثمن بكماله. وهل تدخل هذه الأعيانُ في حساب أمواله وأثمانها في حساب ديونه؟ فيه وجهان. أصحهما ـ عند العراقيين ـ: الإدخال. وذكر في «التتمة» أن الوجهين مبنيان على الوجهين في جواز الرجوع في الصورة السابقة، إن لم يثبت الرجوع أدخلت رجاء الوفاء، وإن أثبتناه فلا. والله أعلم.

قال:

(ثم للحَجرِ أربعةُ أحكام:

الأول: منعُ كلِّ تصرُّفٍ مبتدئٍ يصادفُ الـمالَ الـموجودَ عندَ ضرْبِ الـحَجرِ؛ كالعتق، والبيع، والـرَّهن، والكتابة، ولا يخرجُ عتقُه على عتقِ الرّاهن، لأن تنفيذَه إبطالٌ لما أُنشئَ الـحَجرُ له. ثم لو فَضلَ العبدُ المعتَقُ أو المبيعُ[1] بعدَ قضاءِ الدَّين، ففي الحكمِ بنفوذِه خلاف. فإن قلنا: ينفُذ، فليقضِ الـدَّينَ من غيرِه ما أمكن، أما ما لا يُصادِفُ المال؛ كالنكاح، والـخُلع، واستيفاءِ القِصاص، وعفوِه، واستلحاقِ النَّسَب، ونفيِه باللِّعان، واحتطابِه، واتِّهابه، وقبولِه الوَصيّة، فهي صحيحةٌ، وكذا شراؤه؛ على الأصحّ، وكذا إقرارُه، إلّا أن ما يتعلَّقُ منه بالمالِ[2] يؤاخذُ به بعدَ فكِّ الـحَجر، ولا يُقبلُ على الغُـرماء. ولو أقـرَّ في عينِ الـمالِ أنه وديعةٌ عندَه[3] أو غصْبٌ أو عاريّة، ففيه قولانِ في القَديم. ومنه خرجَ قولٌ أن الإقرارَ الـمرسلَ بالدَّين ـ أيضاً ـ يوجبُ قضاءه في الحالِ من مالِه؛ إذ لا تُهمةَ فيه).

---

(١) قوله: (أو المبيع) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (المال).

(٣) في (ز): (في يده).

عرفت أن مِنْ حكم الحجر منعُ المفلس من التصرف، والمستحب للحاكم إذا حجر عليه أن يُشْهِد عليه ليحذّر الناسَ من[١] معاملته. ثم في الضبط الذي ذكره صاحب الكتاب لما يمنع منه[٢] قيود:

أحدها: كون التصرف مصادفاً للمال، والتصرف ضربان: إنشاءٌ، وإقرارٌ.

الضرب الأول: الإنشاءات، وهي نوعان:

أحدهما: ما يصادف المال، وينقسم إلى تحصيلٍ؛ كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية. ولا يخفى أنه لا يمنع منه، لأنه كاملُ الحال، وغرض الحجر منعه مما يضر الغرماء، لا غير. وإلى تفويتٍ؛ فينظر: إن تعلق بها بعد الموت وهو التدبير والوصية صح. فإن فضل المال نفذ وإلّا فلا. وإن كان غير ذلك؛ فإما أن يكون مورده عين المال[٣]، أو ما في الذمة.

القسم الأول: ما[٤] يكون مورده عين المال[٥]. كالبيع والهبة والرهن والإعتاق والكتابة، وفيها قولان:

أحدهما: أنها موقوفة، فإن فضل ما تصرف فيه عن الدين، إما لارتفاع القيمة أو لإبراء بعض المستحقين؛ نفذناه، وإلّا بانَ أنه كان لغواً. ووجهه[٦]: أنه محجور عليه لحق الغير، فلا يلغى تصرفه كالمريض.

---

(١) سقط من (ز) و(ظ).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (مال).

(٤) في (ظ): (مال).

(٥) في (ز) و(ظ): (مال).

(٦) في (ظ): (وجه).

وأصحهما ـ وبه قال مالك[1] واختاره المزني ـ: أنه لا يصح شيء منها لتعلق حق[2] الغرماء بتلك الأموال كتعلق حق المرتهن. وأيضاً فإنه محجورٌ عليه بحكم الحاكم، فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه. وإن شئت قلتَ: هذه التصرفات غير نافذةٍ في الحال.

فإن فَضَلَ ما تصرف فيه، وانفك الحجر، فهل ينفذ حينئذ؟ فيه قولان. وإيراد صاحب الكتاب يوافق هذه العبارة، وجعل الشيخ أبو محمد الخلاف في هذه التصرفات على الترتيب، فقال: العتق أولى بالنفوذ لقبوله الوقف وتعلقه[3] بالإقرار[4]، وتليه الكتابة لما فيها من المعاوضة، ثم البيع والهبة لأنهما لا يقبلان التعليق.

واختلفوا في محل القولين؛ فمِنْ قاصرين لهما على ما إذا اقتصر الحاكم على الحجر ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه، فإن فعل ذلك لم ينفذ تصرفه قولاً واحداً. واحتجوا بأن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا جعل ماله لغرمائه فلا زكاة عليه، ومِنْ طاردين لهما في الحالتين، وهو الأشهر. قال هؤلاء: وتجب الزكاة عليه على أظهر القولين مادام ملكُه باقياً، والنص محمولٌ على ما إذا باعه منهم، فإن نفذناه بعد الحجر وجب تأخير ما تصرف فيه وقضاء الدين من غيره فلعله يفضل. فإن لم يفضل نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف، والأضعف الرهن والهبة لخلوهما عن العِوض، ثم البيعُ ثم الكتابة ثم العتق. قال الإمام: فلو لم يوجد راغب في أموال المفلس إلّا في العبد المعتق، وقال الغرماء: بيعوه ونَجِزّوُا حقَّنا؛ ففيه احتمال. وغالب

---

(١) «القوانين الفقهية» ص٢١٠.

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (تعليقه).

(٤) في (ز) و(ظ): (بالإغرار).

الظن أنهم يجابون[١] وذكر الشيخ أبو إسحاق[٢] رحمه الله أنه يحتمل أن ينقض من تصرفاته الآخر فالآخر، كما في تبرعات المريض إذا زادت على الثلث[٣]، واعلم أن ما ذكرناه في البيع مفروض في بيعه من غير الغرماء فإن باع منهم فسيأتي.

القسم الثاني: ما يَرِدُ على ما في الذمة، كما إذا اشترى بثمن في الذمة أو باع طعاماً سلماً؛ فيصح ويثبت في ذمته. وسنتكلم في أنه متى[٤] يؤدى؟ وكيف يؤدى؟[٥] وروى الإمام قولاً آخر: أنه لا يصح شراؤه كالسفيه[٦]، والمذهب المشهور الأول.

النوع الثاني: ما لا يصادف المال، فلا يمنع منه، وذلك كالنكاح والطلاق والكلام في أن مؤُونات نكاحه كيف توفى؟ نذكر ذلك في موضعه. وإذا صح منه الطلاق مجاناً صح الخلع منه بطريق الأولى، وكذا يصح منه استيفاء القصاص والعفو عنه واستلحاق النسب ونفيه باللعان، والقول في استيفائه[٧] القصاص وعفوه عنه معادٌ في كتاب القصاص.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٩٧). وقال في «الروضة» (٤/ ١٣١): «قلت: هذا الذي ذكره من فسخ الأضعف فالأضعف، هو الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق. وحكاه صاحب «المهذب» عن الأصحاب ثم قال: ويحتمل أن يفسخ الآخر فالآخر. كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث، والمختار ما قاله الأصحاب، فعلى هذا لو كان وقف وعتق ففي «الشامل»: أن العتق يفسخ ثم الوقف. وقال صاحب «البيان»: ينبغي أن يفسخ الوقف أولاً، لأن العتق له قوة وسراية، وهذا أصح. ولو تعارض الرهن والهبة، فسخ الرهن، لأنه لا يملك به العين. والله أعلم».

(٢) في (ز): (إسحاق الشيرازي).

سواء أثبت «الشيرازي» أم لم يثبت فهو المراد به عندما يطلق: الشيخ أبو إسحاق. (م ع).

(٣) من قوله: (وذكر الشيخ) إلى هنا سقط من (ظ).

«المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١١٤).

(٤) في (ز) و(ظ): (مِمّ).

(٥) قوله: (وكيف يؤدى) سقط من (ز).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٩٧).

(٧) سقط من (ز).

الضرب الثاني: الأقارير، فإن أقر بمالٍ، لم يخلُ؛ إما أن يقر بمال في الذمة أو بعين مالٍ. إن كان الأولُ؛ نظِر: إن أقر بدينٍ لزمه قبل الحجر، إما عن معاملة أو دين أو[1] إتلاف لزمه ما أقر به، وفي قبوله في حق الغرماء قولان.

وجه عدم القبول، وبه قال مالك[2]: أن حقهم تعلق بما له من المال، وفي القبول إضرار بهم لمزاحمته إياهم.

ووجه القبول، وهو الأصح: القياس على ما إذا ثبت بالبينة، وعلى ما إذا أقر المريض بدين يزاحم المقر له غرماء الصحة، وهذا لأن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء، فلا تهمة فيه.

وإن أسنده[3] إلى ما بعد الحجر نظِر: إن قال عن معاملةٍ لم يقبَل في حق الغرماء، وإن قال عن إتلافٍ أو عن جناية:

فأصح الطريقين: أنه كما لو أسند لزومه إلى ما قبل الحجر.

والثاني: أنه كما لو قال عن معاملةٍ، وإن أقر بدين ولم يسنده فقياس[4] المذهب: التنزيل على الأول[5]، وجعله كما لو أسند لزومه إلى ما بعد الحجر[6].

وإن أقر بعين مالٍ لغيره وقال: «غصبته منه» أو: «استعرته» أو: «أخذته سَوْماً»؛ فقولان؛ كالقولين فيما لو أقر بدينٍ أسنده إلى ما قبل الحجر، لكن إذا قلنا[7]:

---

(١) سقط: (أو) من (ز) و(ظ).

(٢) «القوانين الفقهية» ص٢١٠.

(٣) أي: إن أقر بدين لزمه بعد الحجر. وفي (ظ): (أسند).

(٤) في (ظ): (قياس).

(٥) في (ط الفكر) و(ظ): (الأقل).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ١٣٢): «قلت: هذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر. فإن أمكنت فينبغي أن يراجع لأنه يقبل إقراره. والله أعلم».

(٧) في (ز) و(ظ): (قبلنا).

تم[١]؛ فأثره[٢] أن يزاحم المقرُّ له[٣] الغرماءَ، وهاهنا يسلم المقر له بحاله. وعلى الثاني: إن فضل سلم إليه وإلّا فالغُرْمُ في ذمته.

والفرق بين الإنشاءات حيث رددناها في الحال جزماً، وقلنا: الأصح أنه لا يحكم بنفوذها عند انفكاك الحجر أيضاً، وبين الأقارير حيث قبلناها في حق المفلس جزماً، وفي حق الغرماء أيضاً على أصح القولين: أن مقصود الحجر منعه من التصرف فيناسبه إلغاء ما ينشئه، والإقرار إخبار عما مضى والحجر لا يسلب العبارة عنه.

فلو أقر بما يوجب عليه قصاصاً أو حداً قبِل وأجري عليه حكمه، فإن كان المقر به سرقة توجب القطع قبِل في القطع، وفي رد المسروق القولان السابقان. والقبول[٤] هاهنا أولى لبعد الإقرار عن التهمة. وإذا أقر بما يوجب القصاص فَعَفَا المستحِق على مالٍ؛ قال في «التهذيب»: هو كما لو أقر بدينِ جنايةٍ[٥]. وقطع بعضُ شارحي «المختصر» بالقبول لانتفاء التهمة، وهذا القائل ينبغي أن يطرد ما ذكره في الصورة الأولى.

فرع:

لو ادعى مُدَّعٍ على المفلس مالاً لزمه قبل الحجر وأنكر المفلس ولم يحلف[٦] فحلف المدعي؛ إن قلنا: النكولُ وردُّ اليمين كالبينةِ، زاحم الحالف الغرماء، وإن قلنا: كالإقرار، فعلى القولين.

---

(١) أي: القبول، وفي (ظ): (ثم).

(٢) أي: فائدته.

(٣) أي: هنا تسلم إليه العين وإن لم يقبل. وفي (ظ): (المقر به له).

(٤) في (ز): (والرد).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٤٠).

(٦) أي: ونكل.

ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب:

قوله: (ولا يخرج عتقه على عتق الراهن) إلى آخره. أراد به أن الخلاف المذكور في نفوذ إعتاق الراهن في الحال لا يجيء هاهنا؛ لأن الحجر لم ينشأ إلّا للمنع من تفويت المال، والتنفيذ[١] يعكّر على مقصودِ الحجر بالإبطال. وفي الرهنِ: المقصودُ الأصلي توثيق حق المرتهن، وإنه يحصل ببدل المرهون كما يحصل بعينه.

وقوله: (أما ما لا يصادف المال كالنكاح[٢]) إلى أن قال: (واحتطابه واتهابه وقبول الوصية)، ففيه كلامٌ من جهة أن الاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية يصادف المال لا محالة. وكذا الشراء وليس تصحيحها لأنها لا تصادف المال بل لأنها تحصيل للملك لا إزالته. وإن قيل: المراد أنها لا تصادف المال الموجود عند الحجر، فهذا صحيحٌ، ولكن يصادفه المال الموجود عند الحجر، حينئذ يصير قيداً واحداً وذلك خلاف ما ذكره في «الوسيط»[٣] وأورده هاهنا.

وقوله في مسألة الإقرار بالعين: (ففيه قولان في القديم ومنه خرج قولٌ في أن الإقرار المرسل بالدين الذي يوجب قضاؤه في الحال من ماله إذ لا تهمة)، أراد به أن القولين جميعاً مذكُوران في كتبه القديمة، وأن الأصحاب خرّجوا في الإقرار بالدين مثل ذلك. إذ لا فرقَ، وهذا شيءٌ قلّد فيه إمام الحرمين، فإنه كذلك أورده ولم ينسب الجمهور القولين في الإقرار بالعين إلى القديم. وأما الحكم بالتخريج في الإقرار بالدين فعجيبٌ مع نصه في «المختصر» على القولين جميعاً، حيث قال: وإن أقَرَّ بدين

---

(١) في (ز): (فالتفويت)، وفي (ظ): (فالتنفيذ).

(٢) في (ز) و(ظ): (كالخلع).

(٣) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٩).

وزعم[١] أنه لزمه قبل الوقت[٢] ففيه قولان:

أحدهما: أنه جائز كالمريض يدخل على غرمائه، وبه أقول.

والثاني: أن إقراره لازم له في مالٍ إن حدث له، أو يفضل عن غرمائه.

وقد تعرض للقولين في مسألة أخرى قبل هذه، ومعلوم أن النص مغن عن التخريج. وقوله: (الإقرار المرسل بالدين)، أي المطلق لا كالإقرار بالعين، فإنه يتعلق بمعين[٣] ولو حذف لفظ: (المرسل) لم يضر. والله أعلم.

قال:

(والمالُ الذي يتجدَّدُ بعدَ الحَجرِ هل يتعدّى إليه الحَجر؟ فيه خلاف. ومن باعَ بعدَ الحَجر منه شيئاً، ففي تعلُّقِه بعينِ متاعِه ثلاثةُ أوجه، يُفرَّقُ في الثّالثِ بينَ أن يُعلَمَ إفلاسُه أو يُجهَل. فإن قلنا: لا يتعلَّقُ به، فيصبر على وجهٍ إلى أن يقضيَ ثمنَه بعدَ فكِّ الحجر، فإنه دَينٌ جديد؛ فلا يُقضى من المالِ القَديم (و)، كما يلزمُه بضمانٍ أو إقرارٍ أو إتلافٍ(و)، وعلى وجهٍ يُضاربُ به؛ لأن ثمنَ[٤] المبيعِ في مُقابلةِ ملكٍ جديدٍ استُفيدَ منه. وأجرةُ الكيّالِ والحمّالِ وما يَتعلَّقُ بمصلحةِ الـحَجرِ يُقدَّمُ على سائرِ الدُّيون).

القيد الثاني: كونه مصادِفاً للمال الموجود عند الحجر، أما المتجدد بعد الحجر

(١) في (ز) و(ظ): (زعم).

(٢) في (ظ): (الوقف).

(٣) في (ظ): (بعين).

(٤) سقط من (ز).

باصطيادٍ أو اتِّهاب أو قبول وصية، ففي تعدِّي الحجر إليه ومنعِه من التصرف وجهان نقلهما القاضي ابن كج والإمام:

أحدهما: لا يتعدى؛ لأن الحجر على المفلس لِقِصَرِ يدِه عن التصرف فيما عنده، فلا يتعدى إلى غيره، كما أن حَجْرَ الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها.

وأصحهما: التعدي. ومقصود الحجر إيصالُ حقوقِ المستحقين إليهم، وهذا لا يختص بالموجود عند الحجر.

وإذا اشترى شيئاً وفرّعنا على الصحيح؛ وهو صحة شرائِه، ففيه مثل هذا الخلاف، وهل للبائع الخيارُ والتعلق بعَين[١] متاعه؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم، لتعذر الوصول إلى الثمن.

والثاني: لا، أما[٢] إذا كان عالماً فكما لو اشترى سلعةً وهو عالم بعيبها، وأما إذا كان جاهلاً فلتقصيره بترك البحث مع سهولة الوقوف عليه، فإن الحاكم يُشْهِرُ أَمْرَ المحجور عليه[٣].

وأصحها: أنه إن كان عالماً فلا خيار له، وإن كان جاهلاً فله الخيار والرجوع إلى عين ماله.

ويقرب من هذا، ما إذا باع من عبدٍ بغير إذنِ مولاه، وفرَّعنا على صحة البيع من المفلس المحجور عليه، هَل يزاحم الغرماء بالثمن؟ فيه وجهان[٤]؛ فإن الثمن يتعلق بذمِته،

---

(١) في (ط الفكر): (بغير).

(٢) سقط: (أما) من (ظ).

(٣) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) من قوله: (من المفلس) إلى هنا سقط من (ز) و(ظ).

يباع[١] به بعد العتق، فإن كان عالماً ففي ثبوت الخيار وجهان، وإن كان جاهلًا ثبت.

وإذا لم يثبت له الرجوع في البيع من المفلس المحجور عليه[٢]، فهل يزاحم الغرماء بالثمن؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، لأنه حادث[٣] بعد الحجر برضا مستحقه، والديون التي هذا شأنها لا يزاحم مستحقها الغرماء الأولين، فعلى هذا يصبر، إنْ فضل منهم شيء أخذه، وإلّا فإلى أن يجد.

والثاني: نعم، لأنه وإن كان ديناً جديداً فهو في مقابلة ملكٍ جديد، فَلَـمَّا زاد المالُ جاز أن يزيد الدين بخلاف الصداق الذي لزمه بنكاح بعد الفلس ودين ضمنه، فإنه لا مقابل[٤] له.

فائدة: ذكر في «النهاية» و«البسيط» أن البائع يضارب الغرماء في المبيع المستفاد منه، لا في جميع أموال المفلس، لأن دينه ثبت مع ثبوت الملك فيه، فلا أقل من المشاركة في هذا القدر[٥].

ثم إنه امتزج مقصود الفصل في نظم الكتاب بالكلام في الديون الحادثة، وكيفية أدائها، وهي ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لزم باختيار مستحقِه، فإن كان في مقابلته شيء كثمن المبيع فقد ذكرناه،

---

(١) في (ز) و(ظ): (يتبع).

(٢) سقط من (ز).

(٣) في (ز) و(ظ): (دين حادث).

(٤) في (ظ): (يقابل).

(٥) من قوله: (فائدة) إلى هنا سقط من (ز) و(ظ).
«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٩٨).

وإلّا فلا خلاف في أن مستحقه لا يضارب الغرماء، بل يصبر[1] إلى انفكاك الحجر.

والثاني: ما لزم بغير اختيار المستحق كأرش الجناية وغرامة الإتلاف فوجهان:

أحدهما ـ ويحكى عن القاضي الحسين ـ: أنه لا يضارب[2] به لتعلق حقوق الآدميين[3] الأولين بأعيان أمواله، فصار كما لو جنى الراهن ولا مال له غير المرهون، ولا[4] يزاحم المجني عليه[5] المرتهن.

وأصحهما ـ ولم يورد العراقيون غيره ـ: أنه يضارب به[6] لأنه لم يوجد منه تقصيرٌ فيبعد تكليفه الانتظار.

الثالث: ما يتجدد بسبب مؤونات المال[7] كأجرة الكيّال والوزّان والحمال والمنادي والدلال وكراء البيت الذي يوضع فيه المتاع.

فهذه المؤونات مقدَّمةٌ على ديون الغرماء، لأنها لمصلحة الحجر وإيصال حقوق المستحقين إليهم. ولو لم نقدمها لما رغب أحد في تلك الأعمال، وهذا إذا لم يوجد متبرِّع، فإن وجد أو كان في بيت المال سعةٌ لم يصرَفْ مالُ المفلس إليها[8].

---

(١) في (ظ): (يصبره).

(٢) أي لا يزاحم به.

(٣) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) سقطت الواو من (ز) و(ظ).

(٥) سقط من (ز).

(٦) سقط من (ظ).

(٧) في (ز): (الملك).

(٨) قال في «الروضة» (٤/ ١٣٣): «قلت: لو تجدد دين بعد الحجر، وأقرّ بسابق، وقلنا لا مزاحمة بهما فهما سواء، وما فضل قسم بينهما، قاله في «التتمة». والله أعلم.

وقوله في الكتاب: (كما يلزمُه بضمان أو إقرار أو إتلاف)، هذا في الإقرار جوابٌ على عدم القبول في حق الغرماء، وفي الإتـلاف على الأول من الوجهين المذكورين في غرامات المتلفات، وقد مَرَّ أن الأصح عند الأكثرين في المسألتين خلاف ما أجاب به. فأعْلِمْهما بالواو، وأعلم ما فيهمـا[١]، ثم في إضافة اللزوم إلى الإقرار نوع تساهل، لأن الإقرار[٢] إخبار و[٣] لا يُلْزِم، وإنما يُظْهِر. والله أعلم.

قال:

(ولو اشترى شيـئاً قبلَ الحجر، فله ردُّه بالعَيبِ على وفقِ الغِبطة. فإن كانتِ الغِبطةُ في إبقائِه فلا؛ كما في وليِّ الطِّفل. ولو[٤] حُجِرَ عليه في مدّةِ الخيار، فله التَّصرُّفُ بالفَسخِ والإجازةِ في العَقدِ المتقدِّم، من غيرِ تقييدٍ (و) بشرطِ الغِبطة؛ لأن الأمرَ فيه لم يستقرَّ بعد، فليسَ تصرُّفاً مبتدأ).

القيد الثالث: كونُ التصرفِ مبتدأً، وفيه مسألتان:

إحداهما: لو اشترى قبل الحجر شيئاً، فوجده بعد الحجر مَعيباً، فله رده إذا كانت الغبطة[٥] في الرد. وليس ذلك كما لو باع وهو مغبوط؛ لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأ وإنما هو من أحكام البيع السابق وَلوَاحِقِه، والحجر لا ينعطفُ على ما مضى. فإن منع من الرد عيبٌ حادث لزم الأرش[٦] ولم يملك المفلس إسقاطه. وإن كانت

(١) في (ز): (فيها).
(٢) من قوله: (نوع) إلى هنا سقط من (ظ).
(٣) في (ز): (لا يلزم).
(٤) في (ز): (وكذا لو).
(٥) أي: المصلحة.
(٦) سقط من (ظ).

الغِبطة في إبقائه بأن كان معيباً أكثر قيمة من الثمن لم يكن له الرد، لِما فيه من تفويتِ المال بغير عوضٍ. ولهذا نص الشافعي رضي الله عنه على أنه إذا اشترى في صحته شيئاً ثم مرِض ووجده معيباً فأمسكه، والغبطة في رده؛ كان المقدار الذي يُنقِصه العيبُ معتبراً[١] من التلف[٢]، وكذلك ولي الطفل إذا وجد ما اشتراه للطفل معيباً لا يرده إذا كانت الغبطة في إبقائه، ولا يثبت له[٣] الأرش في هذه الصورة، لأن الرد غير ممتنع في نفسه وإنما المصلحة تقتضي الامتناع منه[٤].

الثانية: قال الشافعي رضي الله عنه: لو تبايعا بالخيار ثلاثاً ففُلِّسا[٥] أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازةُ البيع وردُه دون الغرماء، أي دون رضاهم.

وللأصحاب ثلاثة طرق:

أظهرها: الأخذ بظاهر النص وتجويز الفسخ والإجازة في الفسخ[٦] المتقدم، سواء وقع على وفق الغبطة أو على خلافها، لأنه ليس بتصرف مستحدث وإنما يمنع المفلس من التصرفات المنشَأَة.

والثاني: أن تجويز كل واحد منهما مقيَّد بشرط الغبطة كما ورد في الرد بالعيب. وذكر القاضي ابن كج والمسعودي أنه تخريجٌ من نصِّه فيمن عقد بشرط الخيار ثم مرض مرضاً مخوفاً فأجاز أو فسخ على خلاف الغبطة يعتبر ذلك من الثلث، وأن

---

(١) أي: محسوباً.
(٢) في (ز) و(ط الفكر): (الثلث).
(٣) سقط: (له) من (ز) و(ظ).
(٤) سقط من (ظ).
(٥) في (ط الفكر): (فأفلسا).
(٦) في (ز): «العقد». (م ع).

في تلك الصورة تخريجاً مما نحن فيه أيضاً، وتحكى هذه الطريقة عن أبي علي الطبري وابن القطان. ومن نصر الأولى فرّق بين الرد بالعيب وبين الفسخ والإجازة، بأن العقد في زمن الخيار متزلزِل لاَ ثباتَ له، فلا يتعلق حق الغرماء بالمال، إذ[1] يضعف تعلقه به بخلاف ما إذا خرج معيباً، وإذا ضعف التعلق جاز أن لا يعتبر شرط الغبطة. والفرق[2] بينه وبين مسألة المريض أن حجر المريض أقوى، ألا ترى أن إمضاء الورثة تصرفَ المريض قبل الموت لا يفيد شيئاً، وإمضاءَ الغرماء وإذنَهم فيما يفعله المفلس يفيده الصحة والاعتبار.

والثالث: أن كل واحد منهما إن وقع على وفق الغبطة فهو صحيح، وإلّا فالنظر إلى الخلاف في الملك في زمن الخيار، وإلى[3] الذي أفلس أيهما، فإن أفلس المشتري، وقلنا: الملك للبائع؛ فللمشتري الإجازةُ والفسخُ، أما الإجازة؛ فلأنها جلب ملك، وأما الفسخُ؛ فلأنه[4] يمنع دخول شيء في ملكه، لا أنه يزيل ملكاً، وإن قلنا: الملك للمشتري فله الإجازة، لأنه يستديم الشيءَ في ملكه، وإن فسخ لم يجز؛ لِمَا فيه من إزالة الملك.

وإن أفلس البائع؛ فإن قلنا: الملك له، فله الفسخ لأنه يستديم الشيء في ملكه وليس[5] له الإجازة، لأنه يزيله. وإن قلنا: الملك للمشتري، فللبائع الفسخ والإجازة كما ذكرنا في طرف المشتري.

واعلم أنه لو خرّج مخرجٌ من نصه في المسألة الثانية خلافاً في المسألة الأولى

---

(١) في (ز) و(ظ): (أو).

(٢) في (ز): «وفرَّق». (م ع).

(٣) في (ط الفكر): (وإلى أن).

(٤) في (ط الفكر): (فلا).

(٥) في (ط الفكر) و(ظ): (يستديم الملك وليس).

وقال: «لا يتقيد الـرد بالعيب بشرط الغبطـة، لأنه ليـس بعقد مستحدث»؛ لم يكن مُبْعِداً، والله أعلم.

قال:

(وإذا كانَ له دَينٌ وله شاهدٌ واحد، فليَحلفِ، وكذا إذا رُدَّت عليه اليَمين، فإن نكل؛ فالنصُّ أن الغريمَ لا يحلِفُ والمفلِسُ حيّ، فلو كانَ ميتاً، فقولانِ منصوصان، ثم منهم من سَوّى، ومنهم من فرَّق؛ بأن صاحبَ الحقِّ قائمٌ فنكولُه يوهمُ أمراً).

من مات وعليه دين، فادعى وارثه ديناً له على رجل وأقام عليه شاهداً وحلف معه؛ ثبت الحق، وجُعِل في سائر تركاته. وإن لم يحلف معه أو لم يكن شاهداً أو[1] نكل المدعي عليه عن اليمين ولم يحلف[2] الوارث اليمين المردودة، فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان:

القديم: نعم، لأنه ذو حق في التركة، فأشبه الوارث.

والجديد: لا، لأن حقه فيما يثبت للميت[3]. أما إثباته للميت فليس إليه، ولهذا لو أوصى لإنسان بشيء فمات قبل القبول أو[4] لم يقبله وارثه لم يكن للغريم القبول. ولو ادعى المفلس المحجور عليه ديناً[5]، والتصويرُ كما ذكرنا. ففي حَلِف الغرماء طريقان: أحدهما: طرد القولين ، والثاني: القطع بالمنع.

---

(١) في (ز): (و).

(٢) من قوله: (معه أو لم) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) من قوله: (في التركة) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) في (ظ): (و).

(٥) في (ز): (ديناً له).

والفرق من وجهين:

أحدهما: أن الحق للمفلس، فامتناعه عن اليمين يورث ريبة ظاهرة. وفي الصورة الأولى لم يبق صاحب الحق وإنما يحلف الوارث بناء على معرفته بشأن الموروث[١] وقد يكون الغرماء أعرف به.

والثاني: أن غرماء الميت آيسون عن حلفه، فمُكِّنوا من اليمين كي لا يضيع الحق، وغرماء المفلس[٢] ليسوا آيسين عن حلفه.

قال الإمام: والطريقة الثانية أصح، وحكى عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء، ونَقَلَ بعضُهم مثله[٣] عن القفال[٤].

وعن الأكثرين: القطع بمنع الدعوى ابتداءً وتخصيصُ الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في الصورة الأولى والمفلس في الصورة الثانية[٥].

ولا فرق بين أن يكون المدعَى عيناً أو ديناً. قاله القاضي ابن كج. وفرّع على قولنا: إن الغرماء يحلفون، فرعين:

أحدهما: أنه لو حلف بعضهم دون بعض، استحق الحالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة لدين الميت.

---

(١) في (ز) و(ظ): (الموت).

(٢) في (ز) و(ظ): (الحي).

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (مسألة).

(٤) من قوله: (ونقل) إلى هنا سقط من (ظ).
«نهاية المطلب» الجويني (٦/ ٤١٢).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٣٥): «قلت: وطرد صاحب «التهذيب» القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه. والله أعلم».

والثاني: لو حلفوا ثم أبرؤوا عن ديونهم، فالمحلوف عليه يكون لهم، ويَلْغُو الإبراء[(١)] أو يكون للمفلس؟ أو يبقى على المدعى عليه ولا يستوفى أصلًا؟ فيه ثلاثة أوجه[(٢)]. والله أعلم.

قال:

(ولو أرادَ سفراً، فلِمَن له دينٌ حالٌّ منْعُه. وليسَ لـمن له دينٌ مؤجَّلٌ منعَه، ولا طلبَ الكفيلِ (م و) ولا طلبَ الأشهاد (و).).

من عليه الدين إذا أراد أن يسافر، نُظِرَ: إن كان الدين حالاً فلصاحبه منعه حتى يقضي حقه. قال الأئمة: وليس هذا منعاً من السفر، كما يمنع السيد العبدَ، والزوجُ الزوجةَ، ولكن يشغله عن السفر برفعه إلى مجلس الحكم ومطالبته حتى يوفِّيَ الحقَ.

وإن كان مؤجلاً، نظِر: إن لم يكن السفرُ مخوفاً فلا منع، إذ لا مطالبة وليس له طلب رهنٍ ولا كفيلٍ أيضاً، وهو المضيع لحق[(٣)] نفسه؛ حيث رضي بالتأجيل من غير رهن ولا[(٤)] كفيل، وليس له أن يكفله الأشهاد أيضاً. ولا فرق بين أن يكون حلولُ

---

(١) في (ط الفكر): (و).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٣٥): «قلت: ينبغي أن يكون أصحها: كونه للمفلس. ويجيء مثله في غرماء الميت. وهذا المذكور عن ابن كج في حلف بعضهم قاله آخرون. منهم صاحب «الحاوي». ولو ادعى المفلس على رجل مالاً، ولم يكن له شاهد ونكل المدعى عليه ثم المفلس ففي حلف الغرماء الخلاف المذكور مع الشاهد. قاله القاضي أبو الطيب وصاحب «التهذيب» ولا يحلف الغريم إلّا على قدر دينه. والله أعلم».

(٣) في (ز) و(ظ): (لحظ).

(٤) في (ز) و(ظ) بسقوط: (لا).

الأجل قريباً أو بعيداً. فإن أراد أن يسافر معه ليطالبه عند حلوله[١] فله ذلك، بشرط أن لا يلازمه ملازمة الرقيب.

وقال مالك[٢]: إذا علم حلول الأجل قبل رجوعه فله أن يطالبه بكفيل.

وعن صاحب «التقريب» نقل وجه أن له طلب الأشهاد؛ لأن المستحق يتوثق به ولا ضرر فيه على المديون.

وإن كان السفر مخوفاً كالجهاد وركوب البحر ففيه وجوه:

أصحها: أنه لا منع أيضاً، إذ لا مطالبة في الحال.

والثاني ـ ويحكى عن أبي سعيد الإصطخري ـ: أنه يمنعه إلى أن يؤدي الحق أو يعطيَ كفيلاً، لأنه في هذا السفر يعرّض نفسَه للهلاك فيضيع حقه.

والثالث: إن لم يخلِّف وفاءَ ما عليه مَنَعه، وإن خلَّفه فلا اعتماد على حصول الحق منه، وفي سفر الجهاد وجه آخر؛ أن المديون إن كان من غير المرتزقة منع، وإن كان منهم لا يمنع؛ لأن وجوه معايشهم وأكسابهم منه.

واعلم أن القاضي الروياني اختار مذهب مالك فقال: له المطالبة بالكفيل في السفر المخوف، وفي السفر البعيد عند قرب الحلول في هذا الزمان لفساد الطرق، وانقطاع القوافل، وعجز الحكام عن استيفاء الحقوق بالكتب الحكمية. وإن شئت[٣] فأعلم قوله: (ولا طلب الكفيل) مع الميم بالواو. والله أعلم.

* * *

(١) في (ز): (الحلول).

(٢) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٦٢).

(٣) قوله: (وإن شئت) سقط من (ز).

قال رحمه الله:

(الحكم الثاني: في بيعِ مالِه وقسمتِه، وعلى القاضي أن يبادرَ إليه؛ كي لا تطولَ مدّةُ الـحَجر. ويُقسَمُ على نسبةِ الدُّيون، ويبيعُ بحضرةِ المفلِس، ولا يسلِّمُ مبيعاً قبلَ قبضِ الثَّمن، ولا يكلَّفُ الغرماءُ حجةً على أن لا غريمَ له[1] سواهُم، ويعولُ على أنه لو كانَ لظَهَرَ مع استفاضةِ الـحَجر، فإن ظهرَ بعدَ القسمة؛ فلا تُنقَضُ القسمة، بل يرجعُ على كلِّ واحدٍ بحِصّةٍ[2] يقتضيها الحساب، ولو خرجَ المبيعُ مستحَقّاً؛ فكذلك يَرجعُ على واحدٍ بجزءٍ من الثَّمن، فإن كانَ قد بيعَ في حالةِ الفَلَس؛ فيردُّ تمامُ الثَّمن، أو يُضارَب؟ فيه خِلاف (و)، ووجهُ الإكمالِ أنه من مصالحِ الـحَجر).

هذا الحكم الثاني وإن كان ثابتاً في حق المفلس المحجور عليه، ولكن لا اختصاص له بالمحجور، بل كما يبيع الحاكم مال المفلس المحجور ويقسّمه بين الغرماء، فكذلك غيره من المديونين إذا امتنع من قضاء الدين وبيع المال فيه، يبيع الحاكم ماله ويقسمه بين الغرماء.

وعند أبي حنيفة[3]: لا يبيع الحاكم ماله بل يحبسه حتى يبيع، وسلم أن يصرف أحد النقدين في الآخر.

لنا: القياس على ما سلمه، وأيضاً حديث معاذ الذي قدمناه.

وروي أن عمر رضي الله عنه خطب الناس وقال: «ألا إن الأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ

---

(١) سقط: (له) من (ز).

(٢) في (ز): (بحصته).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٢)، و«رد المحتار» (٥/ ٩٢)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٨٠).

جهينةَ قد رضيَ مِنْ دِينه وأمانتِه أن يقال له: سبق الحاجّ، فادَّانَ معترضاً[١] فأصبَحَ وقد رِين[٢] به، فمن كان له عليه دَيْنٌ فليحضر، فإنّا بايِعوا مالِه وقاسِموه بين غرمائه».

هذا رجل من جهينة ذكر أنه كان يشتري الرَوَاحلَ ويُسرِع السَيرَ فيسبق الحاجَ فأفلس[٣].

وقوله: «فادَّان» أي: استقرض. وقوله: «معترضاً»[٤] أي: اعترض الناسَ فاستدان ممن أمكنه. وقوله: «رين»[٥] أي: وقع فيما لا يستطيع الخروج منه. قال أبو عبيد: كلُّ ما غلبك فقد ران بك ورَانَكَ.

إذا تقرر ذلك، فإذا حجر الحاكم على المفلس فالمستحب أن يبادر إلى بيع ماله وقسمته حتى لا تطول مدة الحجر، ولا يفرط في الاستعجال كي لا يُطمَع فيه بثمنٍ بخسْ.

ويستحب أن يبيع بحضرة المفلس أو وكيله، لأنه أنفى للتهمة، وأطيب لقلب المفلس والمشترين، وليخبر بصفات المتاع، وأنه بكم اشتراه، فتكون الرغبة فيه أكثر، وليطلع على عيب إن كان به، ليباع على وجه لا يرد، وكذلك يفعل إذا باع المرهون في حق المرتهن[٦].

---

(١) في «الموطأ» (٢/ ٧٧٠): قد دان معرضاً، أي: اشترى بدين ولم يهتم بقضائه.

(٢) في (ظ): (دين).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٧٠)، برقم (٨)، في الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته، بنحوه عن عمر منقطعاً، ووصله الدارقطني في العلل، وأخرجه في غرائب مالك، وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٤٩) و (١٠/ ١٤١)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/ ٥٣٦)، وغيرهم. انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٠ - ٤١). و«الإصابة» (١/ ١١٥)، ترجمة الصحابي الأُسيفع الجهني، ومعنى: رين به، أي انقطع به، وغلب، كما في «مختار الصحاح»، في مادة: رين.

(٤) في (ز): (معرضاً).

(٥) في (ز): (رين به).

(٦) قوله: (في حق المرتهن) سقط من (ظ) و(ط الفكر).

ويستحب أيضاً إحضار مستحق الدين، ويقدم بيعُ المرهون في حق المرتهن إن كان في ماله مرهون، وبيعُ العبد الجاني في حق المجني عليه ليعجل حقهما. فإن فضل شَيْءٌ كان[١] مع سائر أمواله للغرماء، وإن بقي من دين المرتهن شيء ضرب[٢] به سائر الغرماء[٣].

ويبيع من ماله أولاً ما يخاف عليه الفساد كي لا يضيع، ثم الحيوانَ لحاجته إلى النفقة. وكونه عرضةً للهلاك[٤]، ثم سائر المنقولات، ثم العقارات، وإنما يؤخرها لأنه لا يخشى عليها الهلاك والسرقة.

ويُشْهِر[٥] بيعها فيظهر الراغبون، ويبيع كل شَيءٍ في سوقه[٦]، فإنّ طالبيه في سوقه أكثر، ويجب أن يبيع بثمن المثل من نقد البلد حالاً. ثم إن كانت الديون من غير جنس ذلك النقد، ولم يرض المستحقون إلّا بجنس حقهم، صرفه إلى جنس حقهم، وإلّا جاز صرفه إليهم، إلّا أن يكون سلماً.

ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، وقد ذكرنا فيما إذا تنازع المتبايعان في البداءة[٧] بالتسليم أقوالًا[٨]:

---

(١) أي: ضُمَّ إلى سائر أمواله.

(٢) في (ظ) و(ز): (ضارب).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ١٤١): «قلت: ويقدم أيضاً المال الذي تعلق به حق عامل القراض، ويقدم بالربح المشروط. صرح به الجرجاني، وهو ظاهر. والله أعلم».

(٤) في (ز): (الهلاك).

(٥) في (ز) و(ظ): (وليشهد).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ١٤١): «قلت:بيع كل شيء في سوقه مستحب. فلو باع في غيره بثمن مثله صح. قاله أصحابنا، وهذا المذكور من تقديم بيع المرهون والجاني. وهو إذا لم يُـخَفْ تلفُ ما يسرع فساده فإن خيف قدّم بيعه عليهما. والله أعلم».

(٧) في (ز) و(ظ): (البداية)، قلت: المصدر بالياء مكان الهمز عامِيٌّ. كما في «المصباح المنير»، مادة: بدى.

(٨) أي: أقوال الشافعي.كذا في «الروضة».

فعن ابن سريج[١]: أن ما ذكره هاهنا جواب على قولنا: إن البداءة[٢] للمشتري[٣].

ويجيء عند التنازع قول آخر وهو أنهما يجبران[٤] معاً، ولا يجيء قولنا: لا يجبر[٥] واحد منهما حتى يبدأ أحدهما، فإن الحالّ لا يحتمل التأخير، ولا قولنا: إن البداءة بالبائع، فإن من يتصرف للغير لا بد أن يحتاط.

وعن أبي الحسين[٦]: أنه تجب البداءة هاهنا بتسليم الثمن بلا خلاف، ثم لو خالف الواجب[٧] وسلم المبيعَ قبل قبض الثمن ضمن، وكيف يضمن؟ سنذكره في الوكالة[٨] إن شاء الله تعالى.

وما يقبضه الحاكم من أثمان أمواله على التدريج إن كان يسهل قسمته عليهم فالأولى أن لا يؤخره، وإن كان يعسر لقلته وكثرة الديون، فله أن يؤخر لتجمع، فإن أَبَوْا التأخير؛ ففي «النهاية» إطلاق القول بأنه يجيبهم[٩]، والظاهر خلافه. فإذا تأخرت القسمة، فإَن وجد من يقترض منه فعل، ويشترط فيه الأمانة واليسار وإن لم يجد أودعه عند أمين، ولا يشترط فيه اليسار[١٠]، وليودع[١١] ممن يرضاه الغرماء،

---

(١) في (ظ) و(ز): (أبي إسحاق).

(٢) في (ز) و(ظ): (البداية)، قلت: المصدر بالياء مكان الهمز عامِيٌّ. كما في «المصباح المنير»، مادة: بدى.

(٣) في (ز): (بالمشتري).

(٤) في الأصل: (يخيران).

(٥) في الأصل: (يخير).

(٦) وهو ابن القطان كما في «الروضة».

(٧) سقط من (ز).

(٨) قوله: (في الوكالة) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٩١).

(١٠) من قوله: (وإن لم يجد) إلى هنا سقط من (ظ).

(١١) في (ط الفكر): (والتورع).

فإن اختلفوا أو عيَّنوا من ليس بعدل فالرأي للحاكم، ولا يقنع بمن ليس بعدل، ولو تلف شيء من الثمن في يد العدل فهو من ضمان المفلس، سواء كان في حياة المفلس أو بعد[1] موته. وعند أبي حنيفة[2]: ما تلف بعد موته فهو من ضمان الغرماء. والله أعلم.

بقي في الفصل مسألتان:

إحداهما: لا يكلف عند القسمة الغرماء إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم، ويكتفى بأن الحجر قد استفاض واشتهر، فلو كان ثم غيرهم لظهر وطلب حقه، ويؤيده [أن عمر رضي الله عنه اكتفى باشتهار أمر الجهني في خطبته ولم يكلف الغرماء البينة][3]، هذا ما نقله الإمام عن صاحب «التقريب»، ثم قال: لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة، فإذا قلنا في القسمة على الورثة: لا بد من إقامة الشهادة على أن لا وارث غيرهم، كذلك في القسمة على الغرماء.

ولفارقٍ أن يفرق بين البائعين بأنَّ الورثة على كل حالٍ أضبط من الغرماء[4]، وهذه شهادةٌ على النفي يعسر مَدْرَكُهَا، فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارُها حيث كان الضبط أعسر.

---

(١) في (ط الفكر): (عند).

(٢) قال في «رد المحتار» مع متنه (٤/ ٤٤): «اشترى شيئاً وقبضه وماتَ مفلساً قبل نقد الثمن فالبائع أسوةٌ للغرماء، كما لو لم يقبضه المشتري، أي يقتسمونه ولا يكون البائع أحق به، لكنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضي ويدفع له الثمن، فإن وفى بجميع دين البائع فبها، وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص فهو أسوة الغرماء فيما بقي له...».

(٣) ما بين المعكوفتين من المطبوع وأوردها المحقق دون بيان. (م ع).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ١٤٣): «قلت: الأصح قول صاحب «التقريب» وهو ظاهر كلام الجمهور. ويفرق أيضاً بأن الغريم الموجود تيقنا استحقاقه لما يخصه وشككنا في مزاحم. ثم لو قدر مزاحم لم يخرج هذا عن كونه يستحقُّ هذا القدر في الذمة. وليست مزاحمة الغريم متحتمة. فإنه لو أبرأ أو أعرض سلمنا الجميع إلى الآخر والوارث يخالفه في جميع ذلك. والله أعلم».

وإذا جرت القسمة ثم ظهر غريمٌ آخر، فالظاهر أن القسمة لا تنقض، ولكن يشاركهم مَنْ ظهر بالحصة، لأن المقصود يحصل به.

وفيه وجه: أنها تنقض فيسترد المال ممن أخذ ويستأنف القسمة. وهذا كما لو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر دَيْنٌ، ففي[1] نقض القسمة اختلاف، فإن قلنا بعدم النقض، فلو قسم ماله وهو خمسة عشر[2] على غريمين لأحدهما عشرون وللآخر عشرة، فأخذ الأول عشرة والثاني خمسة، ثم ظهر غريم ثالث بثلاثين استرد من كل واحد منهما نصف ما أخذ، ولو كان دين كل واحد منهما عشرة وقسم المال بينهما نصفين ثم ظهر غريم ثالث بعشرة، رجع كل واحد منهما بثلث ما أخذه، فإن أتلف أحدهما ما أخذه وكان معسراً، لا يحصل منه شيء؟ فوجهان:

أظهرهما: أن الغريم الذي ظهر يأخذ من الآخر شطر ما أخذ وكأنه كل المال، ثم لو أيسر المتلف أخذ منه ثلث ما أخذه وقسماه بينهما.

والثاني: أنه لا يأخذ منه إلّا ثلث ما أخذه. وثلث ما أخذه المتلف دينٌ له عليه. ولو أن الغريم الثالث ظهر، وقد ظهر للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر، صُرف منه إلى من ظهر بقسط ما أخذه الأوّلان، فإن فضل شيء فهو مقسوم على الثلاثة بقسطه[3]. هذا كله إذا كان الغريم الذي ظهر قديماً، فإن كان حادثاً بعد الحجر، فلا يشارك الأولين في المال القديم. وإن ظهر مال قديم وحدث مال باحتطاب وغيره، فالقديم للقدماء خاصة والحادثُ للكل.

المسألة الثانية: لو خرج شيءٌ مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقاً والثمن غير

---

(١) في (ز) و(ظ): (في).

(٢) قوله: (وهو خمس عشر) سقط من (ط الفكر).

(٣) سقط من (ز) و(ظ).

باق، فهو كدين ظهر، والحكم ما مضى. وإن باع الحاكم ماله وظهر الاستحقاق بعد قبض الثمن وتلفه، فرجع[١] المشتري في مال المفلس ولا يطالب الحاكم به. ولو نصب الحاكم أميناً حتى باعه، ففي كونه طريقاً وجهان كما ذكرنا في العدل الذي نصبه القاضي لبيع الرهن[٢].

ثم رجوع المشتري في مال المفلس ورجوع الأمين، إن قلنا: إنه طريق للضمان وغرم، كيف يكون؟ فيه قولان:

عن رواية الربيع وحرملة: أنه يضارب مع الغرماء، لأنه دين في ذمة المفلس كسائر الديون.

والثاني: أنه يتقدم على سائر الغرماء، لأنا لو قلنا بالمضاربة لرغب[٣] الناس عن شراء مال المفلس، فكان التقديم من مصالح الحجر كأجرة الكيّال ونحوها من المؤن. ونسب الأكثرون هذا القول إلى رواية المزني، لكِنْ منقولُهُ في «المختصر» يشعر بالقولين جميعاً. وذكر المسعودي أن القولين مأخوذان منه، والثاني أرجح عند عامة الأصحاب[٤].

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (فيه خلاف)، بالواو[٥]، لأن الإمام حكى طريقة أخرى قاطعة بالتقديم[٦]، وأيضاً فإن العراقيين حكوا طريقة أخرى، وهي

---

(١) في الأصل: (فرجوع).

(٢) أي: المرهون، قال في «الروضة» (٤/ ١٤٤): «قلت: أصحهما: لا يكون. قاله صاحب «التهذيب». والله أعلم».

(٣) في (ز): (لرجع).

(٤) والخلاصة: إذا رجع المشتري أو الأمين إذا جعلناه طريقاً، وغرم في مال المفلس، قدما على الغرماء على المذهب.

(٥) سقط من (ز) و(ظ).

(٦) أي: يضاربان.

=

تنزيل الروايتين على حالين، إن كان الرجوع قبل قسمة المال بين الغرماء يقدم، وإن كان بعد القسمة واستئناف الحجر بسبب مال تجدد، فهو أسوة بالغرماء. والله أعلم.

قال:

(ثم يُتركُ عليه دستُ ثوبٍ يليقُ بحاله؛ حتى خُفُّه وطيلسانُه إن كان حَطُّهُما[1] عنه يُزري[2] بمنصبِه، ولا يُتركُ مسكنُه وخادمُه، بل يبقى له سكنى يومٍ واحدٍ ونفقتُه ونفقةُ زوجتِه وأولادِه، وكذا ينفقُ عليهم مدّةَ الحَجر، ونصَّ في الكفارةِ أنه يَعدلُ إلى الصيام، وإن كانَ له مسكنٌ وخادم؛ فقيلَ بمثلِه في الدُّيون، والفَرق: أن الكفارةَ لها بدل، وحقوقُ الله على المُساهلة).

مقصود الفصل الكلام فيما يباع على المفلس من أمواله وما يترك له، وفيه مسائل:

إحداها: ينفق الحاكم على المفلس إلى الفراغ[3] من بيع ماله وقسمته، وكذا ينفق على مَنْ عليه مؤونته من الزوجات والأقارب، لأنه موسر ما لم[4] يَزُلْ ملكه، وكذا يكسوهم بالمعروف، هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات.

= «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤١٧).

(١) في (ز): (حطه).

(٢) زرى عليه زرياً: عابه واستهزأ به. «المصباح المنير»، مادة: زرى.

(٣) قوله: (إلى الفراغ) سقط من (ز).

(٤) في (ز): (بما لم).

وكيف ينفق على زوجته[١]؟ قال الإمام: لا شك أن نفقته نفقة المعسرين[٢].

وفي «البحر»[٣] للقاضي الروياني: أنه ينفق عليهن نفقة الموسرين، وهذا قياس الباب، ولو كان ينفق نفقة المعسرين لما أنفق على الأقارب[٤].

الثانية: يبيع مسكنُه وخادمه، وإن كان محتاجاً إلى من يخدمه لِزمانته، أو كان منصبه يقتضي خادماً. ونص في الكفارات المرتبة[٥] أنه يعدل إلى الصيام، وإن كان له مسكن وخادم ولا يلزمه صرفهما إلى الإعتاق، فمنهم من خرج منه قولاً في الديون، والمذهب تقرير النصين، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن الكفارة لها بدل ينتقل إليه، والدين بخلافه.

وثانيهما: أن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة وحقوق الآدميين مبنية على الشح والمضايقة.

قال الإمام: والمسكن أولى بالإبقاء من الخادم[٦]، فينتظم أن يرتب الخلاف، ويقال: فيهما ثلاثة أوجهٍ: في الثالث: يبقي المسكن دون الخادم، فإن قلنا بالإبقاء فذلك إذا كان لائقاً بالحال دون النفيس الذي لا يليق به، ويشبه أن يكون هذا هو المراد مما نقل عن الإصطخري: أنه إن كان ثميناً بيع وإلّا فلا.

---

(١) في (ز) و(ظ): (زوجاته).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٠٨).

(٣) في (ز) و(ظ): (التجربة).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ١٤٥): «قلت: يرجّح قول إمام الحرمين بنص الشافعي، إذ قال في «المختصر»: أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة. والله أعلم».

(٥) سقط من (ز).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤١٢).

[المسألة] الثالثة: ويترك له دَسْت[١] ثوبٍ يليق بحاله من قميص وسراويل ومُنْعَل[٢] ومكعَّب. وإن كان في الشتاء زاد جبة، وتترك له العمامة والطيلسان والخف ودراعة[٣] يلبسها فوق القميص إن كان اللائق بحاله لبسُها، لأن حطّها عنه يزري بمنصبه.

وتوقف الإمام في الخف والطيلسان، وقال: إنَّ تركهما لا يَـخْرِمُ المروءة، وذكر أن الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه لا في بسطته وثروته[٤]، لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لا يساعدونه عليه ويمنعون قوله: أنَّ تركهما لا يُخْرِمُ المروءة، ولو كان يلبس قبل الإفلاس فوق ما يليق بمثله رددناه إلى اللائق بحاله[٥] ولو كان يلبس دون اللائق تقتيراً لم يزد عليه[٦] في الإفلاس.

ويترك لعياله من الثوب كما يترك له ولا يترك الفرش والبسط. نعم يسامح باللِبْدِ[٧] والحصير القليل القيمة.

قال الأئمة: والفرق بين الثياب وبين الخادم والمسكن حيث لم يتركا عليه في ظاهر المذهب، أن الخادم عنه غنية. وأما المسكن، فإنه يسهل استئجاره، وإن تعذر سكن الرباط والمسجد، والثياب قَلَّما تُسْتَأجر.

---

(١) الدست من الثياب: ما يلبسه الإنسان ويكفيه لتردده في حوائجه. والجمع دُسُوت مثل فَلْسٍ وفُلوس. «المصباح المنير»، مادة: دست.

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (منديل).

(٣) درع المرأة: قميصها. «المصباح المنير»، مادة: درع.

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٠٩).

(٥) سقط من (ز) و(ظ).

(٦) في (ظ): (لم يرد إليه).

(٧) اللبد: وزان حِمل: ما يتلبد من شعر أو صوف، لبد بمعنى لصق. «المصباح المنير»، مادة: لبد.

[المسألة] الرابعة: يترك قوتُ يومِ القسمة. وكذلك لمن عليه نفقته، لأنه موسر في أوله، ولا يزاد[١] على نفقة ذلك اليوم، فإنه لا ضبط بعده. وذكر في الكتاب أنه يبقى[٢] له سكنى ذلك اليوم أيضاً[٣]، وهذا مستمر[٤] على قياس النفقة[٥]، وإن لم يتعرض له غيره، وكل ما يترك إذا وجد في ماله يشترى إذا لم يوجد، والله أعلم.

قال:

(ثم إن بقيَ شيءٌ من الدَّين، فلا يُستكسَبُ (م)، وفي إجازةِ مستولدَتِه والضَّيعةِ الموقوفةِ عليه[٦] خلاف؛ مأخذُه: أن المنفعةَ ليسَت مالًا عتيداً، وإنما هو اكتساب).

من قواعد الباب: أن المفلس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل، وإن لم يمكَّن من تفويت ما هو حاصل، حتى لو جنى على المفلس أو على عبده جان فله القصاص، ولا يلزم العفو على المال، وإن كانت الجناية موجبة للمال فليس له ولا لوارثه أن يقبل[٧] العفو دون الغرماء.

ولو كان قد أسلم في شيءٍ، فليس له أن يقبض مسامحاً ببعض الصفات المقصودة المشروطة إلّا بإذنهم.

---

(١) في الأصل: (يزيد).

(٢) أي: يترك.

(٣) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ١٤).

(٤) في (ظ): (أيضاً وقد استمر).

(٥) في (ز): (الفقه).

(٦) سقط من (ز).

(٧) قوله: (أن يقبل) سقط من (ز).

ولو كان قد وهب هبةً تقتضي الثواب، وقلنا: إنها تقدر بما يرضى به[١] الواهب. فله أن يرضى بما شاء وتكليفه طلب الزيادة تكليفٌ بتحصيل ما ليس بحاصل.

وإن قلنا: إنه يتقدر بالمثل لم يجز الرضا بما دونه، ولو زاد على المثل لم يجب القبول.

إذا تقرر ذلك، فليس على المفلس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الأجرة والكسب إلى بقية الديون.

وقال أحمد[٢] : يلزمه ذلك. ولو امتنع أجره القاضي.

وعن مالك[٣]: أنه إن كان ممن يعتاد إجازة نفسه لزمه.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] حكم بالإنظار[٤] ولم يأمره بالاكتساب، وأيضاً: فإن النبي ﷺ لما حجر على معاذ لم يزد على بيع ماله[٥].

ولو كانت له أم ولد أو ضيعةٌ موقوفةٌ عليه فوجهان:

أحدهما: أنهما يؤجران لأن المنافع أموال كالأعيان[٦] فيحصل بدلها للدين.

---

(١) سقط من (ز).

(٢) إن كان المفلس يقدر على أن يكسب بأي طريق لم يترك من ماله شيء عند أحمد، وفي رواية عنه: يترك قوت له وقوت لعياله، وكذلك في إجبار القاضي على إيجار المفلس نفسه ليقضي ما بقي من الدين روايتان عن أحمد، الأولى: لا يجبره، والثانية: يجبره.
انظر: «المغني» (٤/ ٤٩٤ - ٤٩٥).

(٣) قال في «جواهر الإكليل» (٢/ ٩٠): «ولا يلزم المفلس بعد أخذ ما بيده بتكسب بتجر أو عمل لتوفية ما بقي عليه لغرمائه من ديونهم، ولو قدر عليه، لأنها إنما تعلقت بذمته لا ببدنه».

(٤) في (ظ): (بالانتظار).

(٥) سبق تخريجه في أول كتاب التفليس ص (١٥١) من هذا الجزء.

(٦) في (ز): (المنافع أعيان كالأموال).

والثاني: لا، لأن المنافع لا تعد[١] أموالًا حاضرة[٢]. ولو كانت كذلك لوجب إجارة المفلس نفسه، ولوجب بها الحج والزكاة. فعلى الأول يؤاجر مرةً بعد أخرى إلى أن ينقضي الدين، لأن المنافع لا نهاية لها.

وقضيته[٣]: إدامة الحجر إلى فناء الدين، ولأن هذا كالمستبعد[٤] مال الإمام إلى ترجيح الوجه الثاني[٥]، لكن في تعاليق العراقيين ما يدل على أن الأول أظهر[٦]. والله أعلم.

قال:

(ثم إذا لم يبقَ له مالٌ واعترفَ به الغُرماء؛ فيفكُّ الـحَجر، أم يحتاجُ إلى فكِّ القاضي؟ فيه خلاف. وكذا لو تَطابقوا على رفعِ الـحَجر؛ لأن الظاهرَ أن الحقَّ لا يَعدُوهم، ولكن يحتملُ أن يكونَ وراءَهم غريم. والأظهَر: أن بيعَه مالَه من غيرِ الغُرماءِ لا يصحّ، وإن كانَ بإذنِهم. ولوباعَ من الغريمِ بالدَّينِ ولا دينَ سواه، ففيه خلاف[٧]؛ لأن سقوطَ الدَّينِ يُسقِطُ الـحَجرَ على رأي).

---

(١) في (ظ): (لا تعدد).

(٢) في (ز): (حاضرة حاصلة).

(٣) في (ط الفكر): (وقضية).

(٤) في (ط الفكر): (كالمستعير).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٠٧).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ١٤٧): «قلت: الإيجار أصح. وصححه في «المحرر». وذكر الغزالي في «الفتاوى» أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حدٍّ لا يتغابن به الناس في عرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة. والله أعلم».

(٧) قوله: (ففيه خلاف) سقط من (ز)، لكن فيها في بداية الجملة: (وكذا لو باع).

إذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء فينفك الحجر، أم يحتاج إلى فك القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ينفك لأن الحجر لحفظ المال على الغرماء. وقد حصل هذا الغرض فيزول الحجر.

وأظهرهما: أنه لا بد من فك القاضي؛ لأنه حجرٌ لا يثبت إلّا بإثبات القاضي ولا يرتفع إلّا برفعه، كالحجر على السفيه، والمعنى فيه: أنه يحتاج إلى نظر واجتهاد كحجر السفيه، هذا إذا اعترف الغرماء بأن لا مال سواه، أما إذا ادعوا مالاً آخر وأنكر؛ فالجواب ما سيأتي إن شاء الله تعالى في الحكم الثالث.

ولو اتفق الغرماء على رفع الحجر عنه، فقد حكى الإمام في ارتفاعه مثل هذا الخلاف عن الأصحاب:

وجه الارتفاع: أن الحجر لهم، فهم في أمواله كالمرتهن في حق المرهون.

ووجه عدم الارتفاع: أنه يحتمل أن يكون وراءهم غريم غائب، فلا بد فيه من نظر الحاكم واجتهاده[١].

ولو باع المفلس ماله من غريمه بدينه ولا يعرف له غريماً سواه، فوجهان:

قال صاحب «التلخيص»: يصح بيعه؛ لأن الحجر عليه لدين ذلك الغريم، فإذا رضي وبرئت ذمته من الدين[٢] وَجَبَ أن يصح.

والأظهر ـ وبه قال أبو زيد ـ: أنه لا يصح من غير مراجعة القاضي، لأن الحجر على المفلس لا يقتصر على الغريم الملتمس، بل يثبت على العموم، ومن الجائز أن يكون

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٢٦).

(٢) قوله: (من الدين) سقط من (ز) و(ظ).

له غريم آخر، والوجهان مفرَّعان على أن بيع المفلس من الأجنبي لا يصح، فإن صح[١] فهذا أولى. ولو حجر عليه بديون جماعة وباع أمواله منهم بديونهم فعلى هذا الخلاف.

ولو باع ماله من غريمه الواحد بعينٍ أو ببعض دينه فهو كما لو باع من الأجنبي؛ لأن ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر، بخلاف ما إذا باع بكل الدين، فإنه يسقط الدين، فإذا سقط الدين ارتفع الحجر. ولو باع من أجنبي بإذن الغرماء لم يصح أيضاً، وقال الإمام: يحتمل أن يصح كما يصح بيع المرهون بإذن المرتهن[٢].

وأقام صاحب الكتاب ما ذكره وجهاً فقال: (والأظهر أن بيع[٣] ماله من غير الغرماء)[٤]، أي من الوجهين. وقوله: (لأن سقوط الدين يسقط الحجر على رأي)، هو الرأي الذاهب إلى أنه إذا فرقت أمواله وقبضت[٥] الديون ارتفع الحجر عنه، فإذا قلنا بذلك صححنا البيع من الغريم بالدين لتضمنه البراءة من الدين. ولك أن تقول: وجب أن لا نجزم بصحة البيع. وإن قلنا: إن سقوط الدين يسقط الحجر، لأن صحة البيع إما أن تفتقر إلى تقدم ارتفاع الحجر أم لا تفتقر، فإن افتقرت وجب أن نجزم بعدم الصحة للدور، فإنه لا يصح البيع ما لم يرتفع الحجر ولا يرتفع الحجر ما لم يسقط الدين، ولا يسقط الدين[٦] ما لم يصح البيع، وإن لم تفتقر فغاية الممكن اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر[٧]، فلتخرج الصحة على الخلاف فيما إذا قال: «كلما

---

(١) في (ز): (صحح).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٢٧).
(٣) في (ز): (يبيعه).
(٤) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ١٦).
(٥) في (ز) و(ظ): (قضيت).
(٦) من قوله: (ما لم) إلى هنا سقط من (ظ).
(٧) من قوله: (وإن لم تفتقر) إلى هنا سقط من (ظ).

ولدت ولداً فأنت طالق» فولدت ولداً بعد ولد هل تطلق بالثاني؟ وفيما إذا قال العبد لزوجته: «إن مات سيدي فأنت طالق طلقتين»، وقال السيد لعبده: «إذا مت فأنت حر»، ثم مات السيد، فهل له نكاحها قبل زوج وإصابة، ولهما نظائر. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الحكمُ الثالث: حبسُه إلى ثبوتِ إعسارِه. وللقاضي ضربُه إن ظهرَ عنادُه بإخفاءِ المال. فإن[1] أقامَ بيِّنةً على إعسارِه سُمِعَت[2] (م) في الحال (ح)، وأُنظرَ إلى ميسرة، وليَشهد من يَخبرُ باطنَ حالِه؛ فإنه شهادةٌ على النَّفيِ قُبِلَت للحاجة. ثم للخَصمِ أن يُحلِفَه معَ الشَّهادة (ح و أ)، فإن لم يَطلب؛ فهل يجبُ على القاضي؛ أدباً في قضائِه؟ فيه خلاف. وإن لم يَجِدِ بيِّنةً وقد عُهِدَ له مال، فلا يُقبلُ قولُه. وإن لم يُعْهَدْ، فقيل بأن القولَ قولُه؛ لأن الأصلَ عدمُ اليَسار. وقيل: لا، بل الأصلُ في الحرِّ الاقتدار. وقيل: يُنظرُ إن لزمَه الدَّينُ باختيارِه؛ فالظاهرُ أن لا يلتزمَ إلّا عن قُدرة. فإن لم يَقبل يمينَه، فإن كانَ غريباً فليُوكل القاضي به من يَسألُ[3] عن منشئِه ومنقلبِه حتى يغلبَ على ظنِّه إفلاسُه، فليَشهد؛ كي لا يتخلَّدَ الحبسُ عليه).

هذا الحكم أيضاً ليس من آثار الحجر وخواصه بل هو في حق غير المحجور أظهر على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

---

(١) في (ز): (وإن).

(٢) في (ط الفكر): (سمع).

(٣) في (ز): (يبحث).

واعلم أن المديون إذا ثبت إعساره لم يجز حبسه ولا ملازمته، بل يمهل إلى أن يوسر على ما قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وقال أبو حنيفة[١]: للغريم ملازمته ولكن لا يمنعه من التكسب.

وإن كان له مال[٢] فقد ذكرنا أنه يؤمر ببيع ماله، وإن امتنع باعه الحاكم عليه[٣]. وهل يحجر عليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه يحجر إذا التمسه الغرماءُ كي لا يُتْلف ماله.

والثاني: لا، لأن عمر رضي الله عنه لم يحجر على الجهني.

فإن أخفى ماله حبسه القاضي حتى يظهره، وروي أنه ﷺ قال: «لَيُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[٤].

قال المفسرون: أراد بالعقوبة الحبس، والملازمة، فإن لم ينزجر بالحبس زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره.

---

(١) «رد المحتار» (٤/ ٣٢٠ - ٣٢١).

(٢) والتقدير: وعليه دين فيجب أداؤه إذا طلب، فإذا امتنع أمره الحاكم به، فإن امتنع باع الحاكم ماله وقسمه بين الغرماء، كما في «الروضة».

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ١٣٧): «قلت: قال القاضي أبو الطيب والأصحاب: إذا امتنع فالحاكم بالخيار. إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزَّره بالحبس وغيره حتى يبيعه. والله أعلم».

(٤) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٢٣٦)، برقم (٣٤٨١)، في الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، عن الشريد بهذا اللفظ، وسكت عليه وقال المنذري: «قال ابن المبارك: عرضه: يغلظ له. وعقوبته: يحبس له». وأخرجه النسائي، وابن ماجَهْ، والحاكم (٤/ ١٠٢)، في الأحكام، وصححه هو والذهبي. وأخرجه ابن حبان مع «الإحسان» بترتيب «صحيحه» (٧/ ٢٧٣)، برقم (٥٠٦٦)، في كتاب الدعوى، باب عقوبة المأكل، وأخرجه غيرهم.

وإن كان ماله ظاهراً فهل يحبس بامتناعه[(١)]؟ قال في «التتمة»: فيه وجهان: الذي عليه عمل القضاة الحبس، ويدل عليه ما روي أنه ﷺ حبس رجلاً أعتق شقصاً له من عبد في قيمة الباقي[(٢)].

وإن ادعى أنه قد تلف ماله[(٣)] وصار معسراً فعليه البينة، ثم إنْ شهد الشهودُ على التلف قبلت شهادتهم، ولم يعتبر فيهم الخبرة الباطنة[(٤)] وإن شهدوا على إعساره قبلت بشرط خبرتهم الباطنة[(٥)].

قال الصيدلاني: ويحمل قولهم: إنه معسر على أنهم وقفوا على تلف المال.

وإن ادعى المديون أنه معسر[(٦)] لا شيء له أو قسّم مالَه المحجور على الغرماء وبقي بعض الديون، وزعم أنه لا يملك شيئاً آخر، وأنكر الغرماء، نظر: إن لزمه الدين في مقابلة مالٍ كما إذا ابتاع أو استقرض أو باع سلَماً فهو كما لو ادعى هلاك المال فعليه البينة، وإن لزمَ لا في مقابلة مال، فثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يقبل قوله مع اليمين، لأن الأصل العدم.

---

(١) في (ز): «يحبسه لامتناعه». (م ع).

(٢) أخرجه البيهقي (٦/ ٤٨ - ٤٩)، في التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، بإسناده عن أبي مجلز: أن غلامين من جهينة كان بينهما غلام فأعتق أحدهما نصيبه، فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع فيه غنيمةً له، وقال: «هذا مرسل»، واستدل في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٠)، على مشروعية الحبس بحديث أبي داود والنسائي من طريق بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمةٍ ساعةً من نهارٍ ثم خلّى سبيله.

(٣) سقط من (ظ).

(٤) في (ظ): (المطلقة).

(٥) في (ظ): (بشرط الخبرة)، وفي (ز): (بشرط الخبرة الباطنة).

(٦) من قوله: (على أنهم) إلى هنا سقط من (ظ).

والثاني: أنه لا يقبل ويحتاج إلى البينة؛ لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً قَلَّ أم كثر.

والثالث: أنه إن لزمه باختياره كالصداق والضمان لم يقبل قوله وعليه البينة، وإن لزمه لا باختيار كأرش الجنايات وغرامة المتلفات قبِل قولُه مع اليمين، والفرق: أن الظاهر أنه لا يشغل ذمته ولا يلتزم ما لا يقدر عليه.

ثم الكلام في فصلين:

أحدهما: في البينة القائمة على الإعسار، وهي مسموعة وإن تعلقت بالنفي؛ لمكان الحاجة، كالبينة على أن لا وارث سوى هؤلاء، وعن مالك[1]: أنها لا تسمع.

والنظر في أنها متى تسمع؟ وما صفة الشهود وعددهم؟ وصيغة شهاداتهم؟

أما متى تسمع؟ فهي مسموعة وإن قامت في الحال خلافاً لأبي حنيفة[2] حيث قال: لا تسمع إلّا بعد مدة، ثم هي مقدرة في رواية بشهر، وفي أخرى بشهرين، وربما ضبطوا بما يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له مال لأظهره ويختلف ذلك باختلاف أحوال الناس وطباعهم.

وأما الصفة: فما يعتبر في الشهود مطلقاً يذكر في الشهادات، ويعتبر مع ذلك

---

(١) قال في «جواهر الإكليل» (٢/ ٩٢ - ٩٣): «وإن شهد الشاهد بعسره، بأن يقول: إنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن، حلف المشهود له مثل ما شهد به الشاهد في نفي العلم بأن يقول: بالله الذي لا إله إلّا هو لم أعرف لي مالاً ظاهراً ولا باطناً. فهذه إحدى المسائل التي يحلف فيها المشهود له مع البينة».

(٢) قال في «الدر المختار» (٤/ ٣٢٠ - ٣٢١): «ولو قال من يراد حبسه: أبيع عرضي وأقضي ديني، أجّله القاضي يومين أو ثلاثة أيام ولا يحبسه، لأن الثلاثة ضربت لإبلاء الأعذار، ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه...».

وقال أيضاً في «رد المحتار» (٤/ ٣١٩): «ويقدر الحبس بشهرين أو بثلاثة أو بنصف سنة ثم يسمع».

كون الشهود من أهل الخبرة الباطنة بطول الجوار وكثرة المجالسة والمخالطة. فإن الأموال تخفى ولا يعرف تفصيلها إلّا بأمثال ذلك. ثم إن عرف القاضي أنهم من أهل الخبرة الباطنة فذاك، وإلّا جاز له أن يعتمد على قولهم: إنهم بهذه الصفة، ذكره في «النهاية»(١).

وأما العدد: فشاهدان كما في سائر الأمور.

وفي كتاب الفوراني والمتولي(٢): أنه لا تقبل هذه الشهادة إلّا من ثلاثة، لما روي أن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أن جائحة أصابت ماله، وسأله أن يعطيه من الصدقة، فقال رسول الله ﷺ: «لا، حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه»(٣).

والمذهب الأول، والحديث محمول على الاستظهار والاحتياط.

وأما الصيغة: فهي أن يقولوا: «هو معسر لا يملك إلّا قوت يومه وثياب بدنه»، ولو أضافوا إليه: «وهو ممن تحل له الصدقة»، جاز ولا يشترط.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٢٢).

(٢) المتولي هو صاحب «التتمة»، والفوراني هو صاحب «الإبانة» و«العمدة».

(٣) أخرجه مسلم (٢/ ٧٢٢)، برقم (١٠٤٤)، في الزكاة، باب من تحل له المسألة، بإسناده عن قبيصة بن مُخارِق الهلالي قال: تحمّلت حَمالةً، فأتيت رسول الله ﷺ أسأل فيها. فقال: «أَقِمْ حتى تأتينا الصدقة. فنأمر لك بها»، قال: ثم قال: «يا قبيصة! إن المسألة لا تحل إلّا لأحد ثلاثةٍ: رجل تحمل حمالةً فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك. ورجل أصابته جائحةٌ اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش. ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: لقد أصابت فلاناً فاقةٌ، فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش. فما سواهن من المسألة يا قبيصة سحتاً يأكلها صاحبها سحتاً»، وفي لفظ: «سداداً» بدل: «قواماً»، وأبو داود مع «المختصر» (٢/ ٢٣٧ - ٢٣٨)، برقم (١٥٧٥)، في الزكاة، باب ما يجوز فيه المسألة، وسكت عليه وقال المنذري: «وأخرجه مسلم والنسائي»، والنسائي (٥/ ٨٩ - ٩٠)، برقم (٢٥٨٠)، في الزكاة، باب الصدقة لمن تحمل بحمالة، ولفظ أبي داود والنسائي قريب من لفظ مسلم.

قال في «التتمة»: ولا يقتصرون على أنه لا ملك له حتى لا تتمحض شهاداتهم نفياً لفظاً ومعنى.

ويحلف المشهود له مع البينة لجواز أن له مالاً في الباطن، وأنّ الشهود اعتمدوا الظاهر وغالب الظن.

وعن أبي حنيفة[١]: أنه لا يحلف، وبه قال أحمد[٢].

وهذا التحليف مستحق أو مستحب؟ فيه قولان، ويقال: وجهان:

الأصح: الاستحقاق[٣]، وهو ظاهر نصه في «المختصر».

وقال الشيخ أبو حامد: الأصح الاستحباب، وهو ظاهر نصِّه في «حرملة» و«الإملاء».

وعلى التقديرين؛ فهل يتوقف على استدعاء الخصم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لو كانت الدعوى على ميت أو غائب، وعلى هذا فهو من آداب القضاة.

وأظهرهما: نعم، كيمين المدعى عليه.

والفصل الثاني: أنا حيث قلنا: يُقبل قولُه مع يمينه، فيقبل في الحال كما لو أقام البينة[٤] فتسمع[٥] في الحال.

---

(١) ذكر الحنفية إبرازه البينة على إعساره كما في «رد المحتار» (٤/ ٣١٩)، ولم أعثر على ذكر عدم حلفه في كتب الحنفية.

(٢) «المغني» (٤/ ٤٩٩).

(٣) أي: الوجوب.

(٤) سقط من (ظ).

(٥) في (ز) و(ظ): (تسمع).

قال الإمام: ويحتمل أن يقال: يتأنَّى القاضي ويبحث عن باطن حاله ولا يقنع بقوله[١]، بخلاف ما إذا أقام البينة، وحيث قلنا: لا يقبل قوله إلاّ بالبينة، فادعى أن الغرماء يعرفون إعساره، فله تحليفهم على نفي المعرفة، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره، وإن حلفوا حبس، ومهما ادعى ثانياً وثالثاً أنه بان لهم إعساره فله تحليفهم، قال في «التتمة»: إلّا أن يظهر للقاضي أنه يقصد الإيذاء أو اللجاج[٢].

وإذا حبسه فلا يغفل عنه بالكلية، فلو كان غريباً لا يتأتى له إقامة البينة، فينبغي أن يوكل به القاضي من يبحث عن منشئه ومنقلبه ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة.

وإذا غلب على ظنه إفلاسه شهد به عند القاضي كي لا تتخلّد عليه عقوبة الحبس، ومتى ثبت الإعسار وخلاّه الحاكم، فعاد الغرماء بعد أيام وادعوا أنه استفاد مالاً وأنكر، فالقول قوله وعليهم البينة. فإن أتوا بشاهدين وقالا: «رأينا في يده مالاً يتصرف فيه»، أخذه الغرماء. فإن قال: «أخذته من فلان وديعة أو مضاربة[٣]» وصدقه المقر له فهو له ولا حق للغرماء فيه.

وهل لهم تحليفه على أنه لم يواطئ المقر له، وأنه أقر عن تحقيق؟ فيه وجهان. أصحهما: المنع ؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل، فلا معنى لتحليفه.

وإن كذبه المقر له صرف إليهم[٤] ولا يلتفت إلى إقراره لإنسان آخر، وإن كان المقر له غائباً وقف حتى يحضر الغائب فإن صدقه أخذه وإلّا أخذه الغرماء.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٢٤).

(٢) اللجاج ملازمة الشيء ومواظبته. انظر: «المصباح المنير»، مادة: لجج.

(٣) أي: قرضاً لمضاربته.

(٤) أي: إلى الغرماء.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (وإن أقام بينة على إعساره سُمِعت)، مُعْلَمٌ بالميم[١].

وقوله: (في الحال)، بالحاء، لما مر. وقوله: (للخصم[٢] أن يحلفه مع الشهادة)، بالحاء والألف. ثم هو جواب على أن اليمين مستحقة فيصح إعلامه بالواو أيضاً. ويوضحه قوله: (فهل يجب على القاضي أدباً في قضائه؟)، فإنه جعل الوجوب معروفاً[٣] عنه.

وتكلم في أنه هل يشترط له طلب الخصم؟ قال الإمام: والخلاف فيما إذا سكت. فأما إذا قال: «لست أطلب يمينه ورضيت بإطلاقه»[٤]، فلا خلاف في أنه لا يحلف. والله أعلم.

قال:

(والصَّحيحُ أنه يُحبسُ (ح) في دَيْنِ ولدِه. لأنه لو لم يُحبَس؛ فيُؤدِّي إلى أن يفرَّ ويمتنعَ عن الأداء ويَعجزَ عن الاستيفاء).

في حبس الوالدين بدين الولد وجهان:

أصحهما ـ عند صاحب الكتاب ـ: أنه يحبس وإلّا لفرَّ[٥] وامتنع عن الأداء، وحينئذٍ يعجز الابن عن استيفاء الدين ويضيع حقه[٦].

---

(١) في (ط الفكر): (بالواو).

(٢) في (ز): (ثم للخصم).

(٣) في (ظ) و(ز): (مفروغاً).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٢٣).

(٥) في الأصل: (لأقرَّ).

(٦) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ١٩).

والثاني: لا يحبس، لأن الحبس نوع عقوبة ولا يعاقب الوالد بالولد. قال في «التهذيب»: وهذا أصح[١]، ولمن قال به أن يمنع عجز الابن عن الاستيفاء، بل إذا ثبت له مال عند القاضي أخذ قهراً وصرفه إلى دينه. وعلى الوجهين لا فرق بين دين النفقة وغيرها، ولا بين أن يكون الولد صغيراً أو غيره[٢].

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١١٧).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٤٠ - ١٤١): «وإذا حبس المفلس، لم يأثم بترك الجمعة إذا كان معسراً. قال الصيمري: وقيل: يلزمه استئذان الغريم حتى يمنعه فيسقط الحضور.
والنفقة في الحبس في ماله على المذهب. وحكى الصيمري والشاشي وصاحب «البيان» فيها وجهين. ثانيهما: أنها على الغريم. فإن كان المفلس ذا صنعة مكن من عملها في الحبس على الأصح. والثاني: يمنع إن علم منه مماطلة بسبب ذلك. حكاهما الصيمري والشاشي وصاحب «البيان».
ورأيت في «فتاوى» الغزالي رحمه الله: أنه سئل: هل يمنع المحبوس من الجمعة والاستمتاع بزوجته ومحادثة أصدقائه؟ فقال: الرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع ومحادثة الصديق، ولا يمنع من الجمعة إلّا إذا ظهرت المصلحة في منعه.
وفي «فتاوى» صاحب «الشامل»: أنه إذا أراد شم الرياحين في الحبس، إن كان محتاجاً إليه لمرض ونحوه لم يمنع. وإن كان غير محتاج بل يريد الترفه منع. وأنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة، ولا يمنع من دخولها لحاجة كحمل الطعام ونحوه، وأن الزوجة إذا حبست في دين استدانته بغير إذن الزوج، فإن ثبت بالبينة لم يسقط نفقتها مدة الحبس، لأنه بغير رضاها، فأشبه المرض. وإن ثبت بالإقرار سقطت. هكذا قال. والمختار سقوطها في الحالين كما لو وطئت بشبهة فاعتدت، فإنها تسقط وإن كانت معذورة.
قال أصحابنا: ولو حبس في حق رجل، فجاء آخر وادَّعى عليه، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى ثم يرده. قال في «البيان»: لو مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه أُخرج، فإن وجد من يخدمه ففي وجوب إخراجه وجهان. فإن جنَّ أخرج قطعاً. وإذا حبس لحق جماعة لم يكن لواحد إخراجه حتى يجتمعوا على إخراجه. ولو حبس لحق غريم ثم استحق آخر حبسه، جعله القاضي محبوساً للاثنين، فلا يخرج إلّا باجتماعهما. قال: وإذا ثبت إعساره أخرجه بغير إذن الغريم. والله أعلم».
قلت: ذكر النووي في كتاب الشهادات في «الروضة» (١١/ ٢٣٧) الأوجه في جواز حبس الوالدين بدين الولد، وذكر أن الأصح عنده المنع، مثل مذهب البغوي.

وعن أبي حنيفة[١] رحمه الله: أنه لا يحبس إلاّ في نفقة الولد إذا كان صغيراً أو زمناً. فيمكن إعلام قوله: (يَـحْبِسُ) بالحاء لذلك. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الحكمُ الرابع: الرجوعُ (ح) إلى عينِ المبيع[٢]؛ لقولِهِ عليه السَّلام: «أيما رجلٍ ماتَ أو أفلس، فصاحبُ المتاعِ أحقُّ بمتاعِهِ إذا وَجدَه بعينِهِ».

ويتعلَّقُ الرُّجوعُ بثلاثةِ أركان: العِوض، والمعوَّض، والمُعاوضة.

أما العِـوَضُ وهو الثَّمن، فله شرطان: الأول: أن يتعـذَّرَ استيفـاؤُه بالإفلاس: فلو وَفَّى المالَ به فلا رجوع، وإن قدَّمَه الغرماءُ فله الرُّجوع، لأن فيه منَّةً وغررَ ظهورِ غريمٍ آخر. ولا رجوعَ (و) إذا تعذَّرَ بامتناعِه، بل يستوفيه القاضي. ولو انقطعَ جنسُه ومنعنا الاعتياضَ عن الثَّمن، فله الفَسخ؛ كما في انقطاعِ المسلَمِ فيه. الثاني: الـحُلول: فلا رجوعَ إلّا إذا كانَ الثَّمنُ حالًّا (و). ولا يحلُّ الأجلُ بالفَلَس على الأصحّ، ولو حلَّ أجَلُه قبلَ انفكاكِ الـحَجر، فله الرُّجوع؛ على الأصحّ).

من حجر عليه بالإفلاس، ووجد من باع منه، ولم يقبض الثمنَ، وعينُ متاعه عنده، فقد ذكرنا أن له أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله[٣].

---

(١) لا يحبس الأصل في دين فرعه عند أبي حنيفة إلّا إذا كان للطفل مال وامتنع من أدائه وتمرد على الحاكم يحبس، انظر: «رد المحتار» مع متنه (٤/ ٣٢٣، ٣٤٧).

(٢) في (ز): (متاعه).

(٣) في (ز) و(ظ): (متاعه).

وهل يكون هذا الخيار على الفور؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا. كخيار الرجوع في الهبة من الولد.

وأصحهما: نعم. لأنه خيار فسخ ثبت لدفع الضرر فليكن على الفوز كخيار العيب وخيار الخلف. فعلى هذا إذا علم الحجر ولم يفسخ، بطل حقه من الرجوع.

وعن القاضي الحسين: أنه لا يمتنع تأقيته بثلاثة أيام. كما هو أحد الأقوال في خيار المعتقة تحت الرقيق وفي الشفعة.

وهل يفتقر هذا الخيارُ إلى إذن الحاكم أم يستبد به الفاسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يفتقر إلى إذنه، لأنه فسخ مختلف فيه كالفسخ بالإعسار.

وأشبههما: أنه لا حاجة إليه، لأنه ثابت بالسنة[1] الصحيحة فصار كخيار العتق. ولوضوح الحديث ذهب الإصطخري إلى أنه لو حكم حاكمٌ بالمنع من الفسخ نقض حكمه[2].

ولا يحصل الفسخ ببيع البائع وإعتاقه ووطئه الجارية المبيعة على أصح الوجهين، وتلغو هذه التصرفات صيغة هذه التصرفات[3]:

وصيغة الفسخ: كقوله: «فسخت البيع ونقضته ورفعته» ولا يخفى. ولو اقتصر على قوله: «رددت الثمن»، أو: «فسخت البيع»، فقد حكى الإمام فيه اختلافاً للأصحاب[4]. ووجه المنع: بأن حق الفسخ فيه أن يضاف إلى العقد[5] المرسل[6]، ثم إذا انفسخ العقد ثبت مقتضاه، والأصح الاكتفاء به.

---

(١) في (ز): (بالبينة).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٤٨): «قلت: الأصح أن لا ينقض للاختلاف فيه. والله أعلم».

(٣) قوله: (صيغة هذه التصرفات) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٠٩).

(٥) سقط من (ط الفكر).

(٦) أي: المطلق.

ثم حق الـرجع للبـائع لا يثبت على الإطـلاق، بل هو مشروط بشروط يجب معرفتها، ولا يختصُّ بالبيع، بل يجري في غيره من المعاوضات. ويتبين الغرض بالنظر في العوض المتعذر تحصيله والـمُعوَّض المسترجع والمعاوضة التي بها انتقل الملك إلى المفلس؛ فلذلك قال: (ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان: العوض والـمُعوَّض والمعاوضة).

وقوله: (أما العـوض وهو الثمن)، يعني في البيع، ويقاس عليه[1] العوض في سائر المعاوضات.

ويعتبر فيه شيئان:

أحدهما: أن يتعذر استيفاؤه بسبب الإفلاس، وفيه صور:

إحداها: إذا كان ماله وافياً بالديون، وحجر القاضي عليه تفريعاً على جواز ذلك، ففي ثبوت الرجوع وجهان:

أحدهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه لا يرجع، لأنه يصل إلى الثمن[2].

والثاني: يرجع، لأنه لو لم يرجع[3] لما أمن أن يظهر غريم آخر فيزاحمه فيما أخذ.

الثانية: لو قال الغرماء: «لا[4] نَفسَخُ لتقدمك بالثمن» لم يلزمه الإجابة، خلافاً لمالك[5] لأن فيه تحمُّل مِنّةٍ[6]، وأيضاً: فربما يظهر غريم آخر فيزاحمه فيما أخذ.

وفيه وجه: أنه لا يبقى له الرجوع تخريجاً مما إذا حجر عليه الحاكم وفي ماله وفاء.

---

(١) سقط من (ز) و(ظ).

(٢) في (ز): (الثمن بكامله).

(٣) في (ط الفكر): (لأنه لو رجع).

(٤) سقط: (لا) من (ط الفكر) و(ظ).

(٥) «جواهر الإكليل» (٢/ ٩١).

(٦) في الأصل: (منه).

ولو قالوا: «نؤدي الثمن من خالص أموالنا» أو تبرع به أجنبي، فليس عليه الإجابة أيضاً، ولو أجاب ثم ظهر غريم آخر لم يزاحمه في المأخوذ.

ولو مات المشتري فقال الوارث: «لا ترجع حتى أقدمك على الغرماء»لم يلزمه القبول أيضاً.

ولو قال: «أؤدي الثمن من مالي»، فوجهان: أحدهما ـ وبه أجاب في «التتمة» ـ: أن عليه القبول وترك الفسخ، لأن الوارث خليفة المورث فله تخليص المبيع.

الثالثة: لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع اليسار أو هرب أو مات مليئاً وامتنع الوارث من التسليم:

فأصح الوجهين: أنه لا فسخ، لأنه لم يوجد عيب الإفلاس، والتوصل إلى الاستيفاء بالسلطان ممكن، فإن فُرض عجزٌ عن[1] الندُور فذلك مما لا عبرة به.

والثاني: له الفسخ لتعذر الوصول إلى الثمن. ولو كان قد ضمن الثمن ضامن، فإن ضمن بإذن المشتري فليس له الرجوع[2] على المشتري[3]؛ لأنه ليس بمتبرع على المشتري، والوصول[4] من يده كالوصول من يد المشتري. وإن ضمن بغير إذنه فوجهان:

في أحدهما: يرجع كما لو تبرع متبرع بالثمن.

وفي الثاني: لا، لأن الحق قد تقرر في ذمته وتوجهت المطالبة عليه بخلاف المتبرع.

ولو أعير من المشتري ما يرهنه[5] بالثمن فرهنه فعلى هذا[6] الخلاف.

---

(١) في (ز) و(ظ): (على).

(٢) في (ز): (المشتري فلا الرجوع).

(٣) قوله: (على المشتري) سقط من (ز).

(٤) من قوله: (إلى الثمن) إلى هنا سقط من (ظ).

(٥) في (ظ): (رهنه).

(٦) (هذا) من (ط الفكر).

وأما قوله:[١] (ولو انقطع جنسه ومنعنا الاعتياض عن الثمن فله الفسخ كما في انقطاع المسلم فيه)، فاعلم أن هذه المسألة هي كالغريبة في الباب، وأذكر سبب إيرادها فيه بعد بيان فقهها.

وفقهها: أنا ذكرنا قولين في جواز الاستبدال عن الثمن في الذمة، فإن منعنا الاستبدال عنه وانقطع جنسه كان كانقطاع المسلم فيه، وانقطاع المسلم فيه أثره ثبوت حق الفسخ في أصح القولين، والانقسام[٢] في[٣] الثاني فكذلك هاهنا، وإن جوَّزنا الاعتياض والاستبدال فلا تعذر في استيفاء عوض عنه.

وقوله: (فله الفسخ)، اقتصار منه على ذكر أصح القولين.

وأما سبب الإيراد في هذا الموضع فأمران:

أحدهما: أنه لما جعل الشرط التعذر بسبب الإفلاس تكلم في التعذر بغير هذا السبب كامتناع المشتري وانقطاع جنس الثمن، وبيَّن حكم كل قسم منها.

والثاني: أن الأصحاب احتجوا على ثبوت حق الفسخ بالإفلاس بالقياس على تعذر تحصيل المسلم فيه بالانقطاع، والجامع أنه أحد عوضي العقد. فقيل لهم: لو كان الثمن كالمسلم فيه، لاقتضى انقطاعه ما يقتضي انقطاع المسلم فيه، فأجابوا بما حكيناه أنه إن جاز الاستبدال فلا تعذر، وإلّا فلا فرق.

الثاني[٤]: كون الثمن حالاًّ، فلا رجوع إذا كان الثمن مؤجلًا، لأنه لا مطالبة في الحال.

---

(١) قوله: (وأما قوله) سقط من (ز).

(٢) في (ز): «والانفساخ». (م ع).

(٣) سقط: (في) من (ظ).

(٤) أي: الشيء الثاني من شرطي العوض.

وقوله: (ولا يحل الأجل بالفلس على الأصح)، مكرر؛ قد ذكره مرة في أول الباب. وقوله: (ولو حل أجله قبل انفكاك الحجر)، قد ذكرناه ثَمَّ، وبينا أن من الأصحاب من قال: لو حلَّ الأجل وهو محجور عليه، لم يكن للبائع الفسخ والرجوع أيضاً.

ويجوز أن يعلم قوله: (فلا رجوع إلّا إذا كان الثمن حالاً)، بالواو، لوجهٍ أثبتناه هناك تفريعاً على أن الديون المؤجلة تحل بالفلس.

وأُعْلِم قوله في أول الفصل: (الرجوع إلى عين المبيع)، بالحاء، لما مر من مذهب أبي حنيفة[١] رحمه الله. والله أعلم.

* * *

(١) مذهب أبي حنيفة رحمه الله، فيه: أن من أفلس وعنده متاع رجل شراه منه، أي قبضه بالإذن بلا أداء ثمنه، فَرَبُّ المتاع أسوةٌ، أي مشاركٌ الغرماءَ في المتاع، فيبيع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص إذا كان الدين كله حالاً، وأما إذا كان الدين بعضه حالاً فيقسم بين غرماء الحال، ثم بعد انقضاء الأجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص، انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٣).

قال:

(وأما المعاوضةُ فلها شرطان: الأول: أن تكونَ معاوضةً محضةً: فلا يثبتُ الفسخُ في النكاحِ والخلعِ والصُّلحِ بتعذُّرِ استيفاءِ العِوَض. ويثبتُ في الإجارةِ والسَّلَم، فيثبتُ الرُّجوعُ إلى رأسِ المالِ عندَ الإفلاسِ إن كان باقياً. و[١] المضاربةُ بقيمةِ المسلَم فيه إن كان تالفاً (و) ثم يشتري بقيمتِه جنسَ حقِّه. ولا يجوزُ الاعتياضُ عن الـمُسلَمِ فيه. وإذا أفلسَ المستأجِرُ بالأجرةِ رجعَ المكري (و) إلى عينِ الدّابةِ أو الدّارِ المكراة. فإن كانَ في باديةٍ، نقلَه إلى مأمنٍ بأجرةِ مثلِه؛ يقدَّم بها على الغرماء، وإن كانَ قد زرعَ الأرضَ؛ تركَ زرعَه بعدَ الفسخِ بأجرةٍ يقدَّمُ بها على الغُرَماء، إذ فيه مصلحةُ الزَّرعِ الذي هو حقُّ الغُـرَماء. وإن أفلسَ المكري[٢] بعدَ تعيُّـنِ ما أكراه؛ فلا فسخ، بل يقدَّم المستأجِرُ بالمنفعة؛ لتعلُّقِ حقِّه بعينِ الدابة[٣]، كما يُقدَّمُ المرتهَن. وإن كانت الإجارةُ واردةً[٤] على الذِّمّة، فله الرُّجوعُ إلى الأجرةِ إذا بَقيَت بعينِها، أو المضاربةِ (و) بقيمةِ المنفعةِ لتَحصلَ له المنفعة (و).)

يعتبر في المعاوضة التي يملك[٥] بها الـمفلس شيئان. أحدهما: أن تتمحض معاوضة. وقصد صاحب الكتاب بهذا القيد إخراج بعض التصرفات وإدخال بعضها.

---

(١) في (ز): (أو).

(٢) في (ز): «المكتري». (م ع).

(٣) في (ز): (الدار).

(٤) سقط من (ز).

(٥) في (ز) و(ظ): (ملك).

أما المخرج: فقد قال: (فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والصلح بتعذر[١] استيفاء العوض)، وهذا قد يتجاوز عنه لاعتقاد أنه في غاية الوضوح، لكن فيه وقفة منكرة، لأنه إن أراد به أن المرأة لا تفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق ولا الزوج الخلع ولا العافي الصلح بتعذر استيفاء العوض، فهو مستمر في الصورتين الأخيرتين، لكنه في النكاح ينبني على الخلاف في أن الإعسار بالصداق هل يثبت الفسخ؟ والقول في ذلك الخلافُ. والأصح منه موضعه باب الإعسار.

وإن أراد به أنّ الزوج لا يَفْسَخُ النكاحَ إذا لم تسلم نفسَها وتعذر الوصول إليها، فهذا واضح. لكن لا يفرض مثله في الخلع، والعفو، إذ ليس العوض في الخلع إلّا البينونة، وفي العفو إلا[٢] براءة الذمة عن القصاص، وهذا لا يتصور فيه التعذر مع صحة الخلع والعفو. والله أعلم.

وأما المُدْخَل: فهو السلم والإجارة فإنهما معاوضتان محْضتان. أما السلم فإذا أفلس المسلم إليه قبل توفية المسلم فيه لم يخلُ، إما أن يكون رأس المال باقياً أو تالفاً أو بعضه باقياً وبعضه تالفاً.

الحالة الأولى: أن يكون باقياً؛ فللمسلم فسخ العقد والرجوع إلى رأس المال كما ذكرنا في البائع. فإن أراد أن يضارب[٣] مع الغرماء بالمسلم فيه ولا يفسخ، فسنتكلم في كيفية المضاربة به إن شاء الله تعالى.

الثانية: أن يكون رأس المال تالفاً فوجهان:

---

(١) في (ط الفكر): (لتعذر).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) قال في «المصباح المنير»، في مادة: ضرب: «ضربت مع القوم بسهم، ساهمتهم». وليس في المادة: ضارب، فلعل الصواب: يضرب.

أحدهما ـ ويحكى عن أبي إسحاق ـ: أن للمسلم فسخ العقد والمضاربة مع الغرماء برأس المال، لأنه تعذر عليه الوصول إلى تمام حقه، فليمكن من فسخ السَّلَم[1]، كما لو انقطع جنس المسلم فيه، وهذا ما أورده القاضي ابن كج والصيدلاني.

وعلى هذا فهل يجيء قول حاكمٍ[2] بانفساخ السلم كما في انقطاع المسلم فيه؟ قيل: نعم، إتماماً للتشبيه. وقيل: لا، لأنه ربما حصل باستقراضٍ وغيره بخلاف صورة الانقطاع.

وأصحهما: أنه لا ينفسخ كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع تالفٌ، وليس كالانقطاع؛ لأن ثَمَّ إذا فسخ رجع إلى رأس المال بتمامه، وهاهنا إذا فسخ ليس له إلّا المضاربة برأس المال. ولو لم يفسخ لَضارَبَ بالمسلم فيه وإنه أنفع، لأن الغالب زيادة قيمة المسلمِ فيه على رأس المال.

فعلى هذا يقوَّم المسلم فيه ويضارب المسلم بقيمتِه مع الغرماء، فإذا عُرِفَتْ حصته، نظِر: إن كان في المال من جنس المسلَم فيه صرف إليه وإلّا اشترى بحصته منه وسلم إليه فإن الاعتياض عن المسلم فيه ممتنع.

هذا إذا كان رأس المال تالفاً ولم يكن جنس المسلم فيه منقطعاً. فإن كان تالفاً وانقطع جنس المسلم فيه، ففي وجه ليس للمسلم فسخ العقد أيضاً؛ لأنه لا بد من المضاربة فُسِخَ أو لم يُفسَخ، وإن فسخ فبرأس المال، وإلّا فبالمسلم فيه. وإنما يفسخ بالإفلاس حتى يتخلص عن المضاربة. والأصح أنه يثبت حق الفسخ هنا، لأن الفسخ بالانقطاع ثبت في حق غير المحجور عليه، وما يثبت في حق غيره يثبت في حقه كالرد بالعيب. وفيه فائدة، فإن ما يخصه لو فَسَخَ لصُرِفَ إليه في الحال عن جهة رأس المال وما يخصه لو لم يفسخ لا يصرَف إليه بل يوقف إلى أن يعود المسلم فيه فيشتري به.

---

(١) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٢٤).

(٢) في (ز): (جازم).

ثم هاهنا فرعان:

أحدهما: إذا قوَّمنا المسلم فيه فوجدنا قيمته عشرين، فأفرزنا من المال للمسلم عشرة، لكون الديون ضعف المال، فرخص السعر قبل الشراء، ووجدنا بالعشرة جميع المسلم فيه، فوجهان:

أحدهما ـ وهو ما أورده ابن الصباغ ـ: أنا نرد الموقوف إلى ما يخصه باعتبار قيمته أجزاء، فنصرف إليه خمسة، والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سائر الغرماء، وذلك لأن الموقوف لم يدخل في ملك المسلم، بل هو باق على ملك المفلس، وحق المسلِم في الحنطة لا[1] في ذلك الموقوف، فإذا صارت القيمة عشرة فليس دينه إلاّ ذلك.

والثاني ـ وهو ما أورده في «التهذيب» ـ: أن يشتري به جميع حقه ويسلم إليه اعتباراً بيوم القسمة، والموقوف وإن لم يملكه المسلِم لكنه صار كالمرهون بحقه وانقطع حقه عن غيره من الحصص، حتى لو تلف قبل التسليم إليه[2] لم يتعلق بشيء مما عند الغرماء. وكان حقه في ذمة المفلس[3]، ولا خلاف في أنه لو فضل الموقوف عن جميع حق المسلم كان الفاضل للغرماء، وليس له أن يقول: «ما زاد لي».

ولو وقفنا في الصورة المفروضة[4] عشرةً فغلا السعر ولم نجد القدر الذي كنا نتوقعه إلّا بأربعين، فعلى الوجه الأول: بَانَ أن الدين أربعون، فيسترجع من سائر الـحصص[5] ما تتم به حصص[6] الأربعين. وعلى الثاني: لا يزاحمهم وليس له إلّا ما

---

(١) في (ط الفكر): (الاقي)، وفي (ز): (لا أفي).

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٩٩).

(٤) في (ط الفكر): (المغروضة).

(٥) أي: من الغرماء.

(٦) في (ز) و(ظ): (حصة).

وقف له. وقد نسب صاحب «النهاية» الوجه الثاني إلى الجماهير، والأول إلى القاضي الحسين[١]، وعكس أبو سعد المتولي فنسب الثاني إلى القاضي. والله أعلم.

[الفرع] **الثاني**: لو تضاربوا وأخذ المسلم بما خصه قدراً من المسلَم فيه وارتفع الحجر عنه، ثم حدث له مال وأعيد الحجر واحتاجوا إلى المضاربة ثانياً، قوَّمنا المسلَم فيه، فإن وجدنا قيمته[٢] كقيمته أولًا فذاك، وإن زادت فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة، وإن نقصت فالاعتبار بالقيمة الثانية أم بالأولى؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب». أصحهما: الأول. قال الإمام: ولا أعرف للثاني وجهاً[٣]، ولو كان المسلم فيه ثوباً أو عبداً بحصة[٤] المسلم، يشترى منه شقص للضرورة، وإن لم يوجد فللمسلم الفسخ.

الحالة الثانية: أن يكون بعض رأس المال باقياً وبعضه تالفاً، فهو كما لو تلف بعض المبيع دون بعض، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

وأما الإجارة فنتكلم في إفلاس المستأجر ثم في إفلاس المُكْرِي[٥].

القسم الأول: إفلاس المستأجر. والإجارة على نوعين:

أحدهما: الإجارة الواردة على العين، فإذا آجر أرضاً[٦] أو دابة وأفلس المستأجر قبل تسليم الأجرة ومضت[٧] المدة فللمكري فسخُ الإجارة تنزيلًا للمنافع في الإجارة منزلة الأعيان في البيع.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٨١).

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٨٢).

(٤) في (ز) و(ظ): (فحصة).

(٥) أي: المؤجر.

(٦) في (ز): (داراً).

(٧) في (ز) و(ظ): (مضى).

وذكر الإمام أن صاحب «التقريب» حكى قولاً: أنه لا يثبت الرجوع في المنافع[١] ولا تُنَزَّلُ[٢] منزلة الأعيان القائمة، إذ ليس لها وجود مستقر[٣].

والمذهب: الأول، فإن لم يفسخ واختار مضاربة الغرماء بالأجرة[٤] فله ذلك، وحينئذٍ إن كانت العين المستأجرة فارغةً آجَرَها الحاكم على المفلس وصرف الأجرة إلى الغرماء.

ولو كان التفليس[٥] بعد مضي بعض المدة فللمكري فسخُ الإجارة في المدة الباقية، والمضاربة مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الأجرة المسماة، بناءً على أنه لو باع عبدين فتلف أحدهما ثم أفلس يفسخ البيع في الباقي ويضارب بثمن التالف.

وإذا أفلس مستأجر الدابة في خلال الطريق وحجر عليه ففسخ الـمُكْري، لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلِكة، ولكن ينقله إلى مأمن بأجرةِ مثلٍ يقدم بها على الغرماء، لأنه لصيانة ماله وإيصاله إلى الغرماء، فأشبه أجرة الكيال والحمال وكرى المكان المحفوظ فيه، ثم في المأمن يضعه عند الحاكم، ولو وضعه عند عدل من غير إذن الحاكم فوجهان مذكوران في نظائره.

ولو فسخ والأرضُ المستأجرة مشغولةٌ بزرع المستأجِر، نظر: إن استحصد الزرع فله المطالبة بالحصاد وتفريغ الأرض، وإلّا فإن اتفق المفلسُ والغرماءُ على قطعه قطع، وإن اتفقوا على التبقية إلى الإدراك[٦] فلهم ذلك، بشرط أن يقدموا المكرى بأجرة المثل لبقية المدة محافظة للزرع على الغرماء.

---

(١) في (ز): (بالمنافع).

(٢) في (ط الفكر): (تترك).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٨٦).

(٤) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ظ): (الفلس).

(٦) سقط من (ظ).

وإن اختلفوا فأراد بعضهم القطع والبعض التبقية:

فعن أبي إسحاق: أنه يراعى ما فيه المصلحة[١].

والمذهب أنه ينظر: إن كان له قيمة لو قطع فيجاب من يريد القطع[٢] من المفلس والغرماء؛ إذ ليس عليه تنمية[٣] ماله لهم، ولا عليهم الصبر إلى أن ينمو ماله.

فعلى هذا لو لم يأخذ المكري أجرة المدة الماضية فهو أحد الغرماء، فله طلب القطع. وإن لم يكن له قيمة لو قطع فيجاب من يريد التبقية؛ إذ لا فائدة لطلب[٤] القطع فيه.

وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق أو بطلب بعضهم حيث لم يكن للمقطوع قيمة، فالسقي وسائر المؤن إن تطوع بها[٥] الغرماءُ أو بعضهم أو أنفقوا[٦] عليها على أقدار ديونهم فذاك. وإن أنفق عليها بعضهم ليرجع فلا بد من إذن الحاكم أو اتفاق الغرماء والمفلس، وإذا حصل الإذن قُدم المنفقُ بقدر النفقة؛ لأنه لإصلاح الزرع، وكذا لو أنفقوا على قدر[٧] الديون ثم ظهر غريمٌ آخر قدم المنفقون بما أنفقوا.

وهل يجوز الإنفاق عليه من مال المفلس؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الجواز.

ووجه المنع: أن حصول الفائدة موهوم[٨].

---

(١) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٢٤).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (قيمة)، وهو غلط.

(٤) في (ز) و(ظ): (لطالب).

(٥) سقط من (ط الفكر)، وفي (ظ): (به).

(٦) في الأصل: (اتفقوا).

(٧) في (ز) و(ظ): (أقدار).

(٨) قال في «الروضة» (٤/ ١٥٣): «قلت: وإن أنفق بعض الغرماء بإذن المفلس وحده على أن يرجع بها =

والنوع الثاني: الإجارة على الذمة، ونزيد فيها النظر إلى أن هذه الإجارة هل تعطى حكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال في المجلس أم لا؟ إن قلنا: لا، فهي كالإجارة على العين. وإن قلنا: نعم، فلا أثر للإفلاس بعد التفرق لصيرورة الأجرة مقبوضة قبل التفرق، ولو فرض التفليس[1] في المجلس: فإن أثبتنا خيار المجلس، ففيه غنية عن هذا الخيار، وإلّا فكما[2] في إجارة العين.

القسم الثاني: إفلاس المكري، والكلام إجارة العين ثم في الإجارة على الذمة.

أما النوع **الأول**: فإذا آجَر دابةً أو داراً من إنسان ثم أفلس فلا فسخ للمستأجر، لأن المنافع المستحقة له متعلقة بعين ذلك المال فيقدم بها، كما يقدم حق المرتهن، وكما لو باع شيئاً ثم أفلس فإن المشتري أحق بما اشتراه[3].

ثم إذا طلب الغرماء بيع العين[4] المستأجرة يفرع ذلك على جواز بيع المستأجر، إن منعناه لم يجبهم وعليهم الصبر إلى انقضاء المدة، وإن جوّزناه أجيبوا ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بسبب الإجارة؛ إذ ليس على الغرماء الصبر إلى أن يزداد مال المفلس.

وأما النوع **الثاني**: فإذا التزم في ذمته نقل متاع من بلد إلى بلد ثم أفلس، نظِر: إن كانت الأجرة باقية في يد المفلس فله فسخ الإجارة والرجوع إلى عين ماله، وإن كانت تالفة فلا فسخ. كما لا فسخ والحالة هذه عند إفلاس المسلم إليه على الأصح[5].

= أنفق جاز. وكان ديناً في ذمة المفلس لا يشارك به الغرماء، لأنه وجب بعد الحجر. وإن أنفق بعضهم بإذن باقيهم فقط على أن يرجع عليهم في مالهم. والله أعلم».

(١) في (ظ): (المفلس).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (ثم أفلس فلا فسخ للمستأجر لأن المنافع مما اشتراه).

(٤) قوله: (إليه على الأصح) سقط من (ز).

(٥) سقط ما بين المعقوفين من (ظ).

ويضارب المستأجر الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة وهي أجرة المثل كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه.

ثم إن جعلنا هذا النوع من الإجارة سلماً، فما يخصه بالمضاربة من مال المفلس لا يجوز تسليمه إليه؛ لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه، فينظر: إن كانت المنفعة المستحقة قابلةً للتبعيض،كما إذا كان الملتزم حمل مئة مَنٍّ[(١)]، فينقل بالحصة بعض المئة، وإن لم يقبل التبعيض كما إذا كان الملتزم قصارة ثوب أو رياضة دابة أو حمل المستأجر إلى بلد. ولو نقل إلى نصف الطريق لبقي ضائعاً، قال الإمام: للمستأجر الفسخ بهذا السبب والمضاربة بالأجرة المبذولة[(٢)].

وإن لم يجعل هذا النوع من الإجارة سلماً، سلمت الحصة بعينها إليه لجواز الاعتياض. هذا إذا لم يسلم عيناً لاستيفاء المنفعة الملتزمة منها، فأما إذا التزم النقل في ذمته ثم سلمه دابة لينقل بها ثم أفلس، فيبني على أن الدابة المسلمة هل تتعين بالتعيين أم لا[(٣)]؟

وفيه وجهان يُذْكران في الإجارة:

إن قلنا: تتعين، فلا فسخ، ويقدم المستأجر بمنفعتها كما لو كانت معينة في العقد[(٤)].

وإن قلنا: لا تتعين، فهو كما لو لم يسلم.

---

(١) المَنَا: الذي يكال به السَّمْنُ وغيره، وقيل: الذي يوزن به رطلان، والتثنية منوان، والجميع أمناءٌ، مثل سبب وأسباب، وفي لغة تميم: مَنٌّ بالتشديد والجمع أمنان والتثنية منّان على لفظه.
انظر: «المصباح المنير»، مادة: منن.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٨٤).

(٣) في (ظ): (تتعين بالعين أو لا).

(٤) في (ظ): (القدر).

وأما لفظ الكتاب فقوله: (فيثبت الرجوع إلى رأس المال)، أي في السلم.

وقوله: (أو المضاربة[١] بقيمة المسلم فيه إن كان تالفاً)، يجوز إعلامه بالواو، للوجه الذاهب إلى ثبوت الفسخ عند التلف أيضاً.

وقوله: (ثم يشترى بقيمته)، أي: بحصة المسلم مضارباً بقيمته.

وقوله: (رجع المكري[٢])، مرقوم بالواو لما مر.

وقوله: (ترك زرعه بعد الفسخ بأجرة)، أي إذا لم يستحصد واتفقوا على إبقائه كما أوضحناه، والمراد من الأجرة أجرة المثل.

وقوله: (أو المضاربة بقيمة المنفعة لتحصل له المنفعة)، أي: لا يضارب ليأخذ عين ما يخصه لكن يصرف ما يخصه إلى المنفعة التي يستحقها، وهذا جواب على تنزيل الإجارة في الذمة منزلة السلم. فإن لم يفعل ذلك لم يحتج إلى تحصيل المنفعة. فيجوز أن يعلم بالواو بذلك، وقياس ما مر في السلم مجيء وجه في ثبوت حق الفسخ، وإن كانت الأجرة تالفة لتعذر حصول المستحق بتمامه، وإعلام قوله: (أو المضاربة) بالواو.

فرع:

استقرض[٣] مالًا ثم أفلس وهو باق في يده، فللمقرض الرجوع، أما إذا قلنا: إنه لا يملك بالقبض، فلأنه بسبيل من الرجوع من غير حجر وإفلاس، فمعهما أولى. وأما إذا قلنا: إنه يملك به فلأنه مملوك ببدل تعذر تحصيله فأشبه المبيع.

---

(١) في (ز): (والمضاربة).

(٢) في (ز): «المكتري». (م ع).

(٣) أي: (اقترض).

فرع آخر:

باع مالاً واستوفى ثمنه وامتنع من تسليم المبيع أو هرب، هل[1] للمشتري الفسخ كما لو أبِقَ العبد المبيع أم لا؟ لأنه لا نقصان في نفس المبيع؟ فيه وجهان منقولان في «التتمة». والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الشّرطُ الثاني للمُعاوضة: أن تكونَ سابقةً على الحَجْر: احترزنا به عما يَجري سببُ لزومِه بعد الحَجر؛ كما إذا باع من الـمُفلِسِ الـمَحجورِ عليه[2]، هل يتعلَّقُ بعينِ مالِهِ؟ وقد ذكرناه. وكذلك لو أفلسَ المكري والدّارُ في يدِ الـمُكتري فانهدمَت، ثبتَ له[3] الرُّجوعُ إلى الأجرة. وهل يُزاحمُ به الغُرماء[4]؟ فيه وجهان. وكذلك لو باعَ جاريةً بعبدٍ، فتلِفَتِ الجاريةُ في يدِ المفلسِ المحجور؛ فردَّ بائعُها العبدَ بالعَيب، فله طلبُ قيمةِ الجاريةِ قطعاً. وهل يتقدَّمُ بالقيمةِ[5] أو يُضاربُ بها؟ وجهان، والأصحُّ أنه يُضارِب).

هذا الشرط مغفولٌ عنه في أكثر النسخ، سيما[6] في القديمة منها، لكنه ألحق بالكتاب من «الوسيط» لأنه وعد به حيث قال: (أما المعاوضة فلها شرطان). والصواب أن نثبت الملحق بالمتن على ما يناسب نظم الكتاب، ثم نشرحه.

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) في (ز): (شيئاً).

(٣) سقط: (له) من (ز).

(٤) في (ز): (وهل يزاحم الغرماء بها).

(٥) في (ز): (وتتقدم بقيمة الجارية)، دون لفظة (هل).

(٦) في (ز): (لا سيما).

أما الملحق فقد سبق، أما الشرح: فاعلم أن فيه ثلاث مسائل:

الأولى: إذا بـاع شيئاً من الـمفلس المحجور[1] وصححناه، فقد ذكرنا في ثبوت حق الفسخ والرجوع خلافاً. فإن قلنا: لا رجوع، فقد شرطنا[2] فيه سبق[3] المعاوضة على الحجر.

الثانية: إذا آجَر داراً وسلمها إلى المكتري وقبض الأجرة ثم أفلس وحجر عليه فقد ذكرنا أن الإجارة مستمرة بحالها، فإن انهدمت في أثناء المدة، انفسخت الإجارة فيما بقي منها، ويضارب المستأجر مع الغرماء بحصة ما بقي منها إن كان الانهدام قبل قسمة المال بينهم، وإن كان بعد القسمة فوجهان:

وجه المنع: أنه دين حدث بعد القسمة فصار كما لو استقرض.

ووجه المضاربةـ وهو الأصح ـ: أنه دين أُسْنِدَ إلى عقدٍ سبق الحجر، وهو الإجارة، فصار كما لو انهدمت قبل القسمة.

الثالثة: باع جارية بعبد وتقابضا ثم أفلس مشتري الجارية وحجر عليه وهلكت الجارية في يده، ثم وجد بائعها بالعبد عيباً ورده، فله طلب قيمة الجارية لا محالة، وكيف يطلب؟ فيه وجهان عن القاضي الحسين:

أصحهما: أنه يضارب كسائر أرباب الديون.

والثاني: أنه يتقدم على سائر الغرماء بقيمتها؛ لأنه أدخل في مقابلتها عبداً في مال المفلس، وهذان الوجهان في الكيفية يخالفان الوجهين في رجوع من باع منه بعد الحجر شيئاً بالثمن.

---

(١) وبعبارةٍ: فإذا اشترى المفلس شيئاً بعد الحجر.

(٢) في (ظ): (سقط).

(٣) في (ظ): (شرط سبق).

إذا قلنا: لا يتعلق بعين متاعه فإنا في وجه نقول: يضارب، وفي وجه نقول: يصبر إلى أن يستوفي الغرماء حقوقهم، ولا نقول بالتقدم[١] بحال.

وكان الفرق: أن الدين ثَمَّ حادثٌ بعد الحجر، وهاهنا[٢] مُسْتَنِدٌ إلى سبب سابق على الحجر، فإذا انضم إليه إدخال شيءٍ في ملك المفلس، أثّر في التقديم على رأي، والله أعلم.

قال:

(أما المعوَّضُ فله شرطان: الأول[٣]: أن يكونَ باقياً في ملكه: فلو هلكَ فليسَ له إلّا المضاربةُ بالثَّمن، وكذا (و) لو زادَتِ القيمةُ على الثَّمن. والخروجُ عن ملكِه، كالهلاك. وتعلُّق حقِّ الرَّهنِ والكتابة، كزوالِ الملك. ولو عادَ إلى ملكِه بعدَ الزوال، رجعَ إليه؛ في أظهَرِ القولَين).

يعتبر في المبيع ليرجع البائع إليه شرطان، أحدهما: بقاؤه في ملك المفلس، فلو هلك لم يرجع. قال ﷺ: «فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»[٤] جعل وُجْدَانه شرطاً في الأحقية، ولا فرق بين أن يكون الهلاك[٥] بآفة سماوية، أو بجناية جانٍ، وبين[٦] أن تكون قيمته مثل الثمن أو أكثر، وليس له إلّا مضاربة الغرماء بالثمن.

---

(١) في (ظ): (بالتقديم).

(٢) في (ز): (والدين هاهنا).

(٣) في (ز): (أحدهما).

(٤) سبق تخريجه في أوائل كتاب التفليس ص (١٥١) من هذا الجزء.

(٥) في (ط الفكر): (الهالك).

(٦) في (ز) و(ظ): (ولا بين).

وعن رواية الشيخ أبي محمد[١] وجه: أنه إذا زادت القيمة ضارب بها دون الثمن واستفاد بها زيادة حصته، ولو خرج عن ملكه ببيع أو هبة أو إعتاق أو وقف فهو كما لو هلك، وليس له فسخ هذه التصرفات، بخلاف الشفيع، له رد هذه التصرفات لأن حق الشفعة كان ثابتاً حين تصرف المشتري، لأنه يثبت بنفس البيع، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً حين تصرف، لأنه إنما يثبت بالإفلاس والحجر.

ولو كاتب العبد أو استولد الجارية فلا رجوع أيضاً، ولو دبر أو علق العتق على صفة، فله الرجوع. وإن آجَره فلا رجوع إن لم نجوّز بيع المستأجر، وإن جوّزناه فإن شاء أخذه مسلوبَ المنفعة لحق المستأجر، وإلّا ضارب بالثمن، ولو رهنه قدم حق المرتهن ولا رجوع، وكذا لو جنى العبد المبيع فالمجني عليه أحق ببيعه، فإن قضى حق المرتهن أو المجني عليه ببيع بعضه، فالبائع واجد لباقي المبيع وسيأتي حكمه. وإن انفك عن الرهن أو برئ عن الجناية فله الرجوع، كما لو اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد رهنه ثم انفك الرهن له الرد. وتزويج[٢] الجارية لا يمنع الرجوع، وإحرام البائع يمنعه إذا كان المبيع صيداً.

ولو حُجِرَ عليه بعدما زال ملكه[٣] ثم عاد، نظر: إن عاد بلا عوض كالهبة والإرث والوصية، ففي الرجوع وجهان:

أحدهما: يرجع؛ لأنه وجد متاعه بعينه.

والثاني: لا يرجع، لأن هذا الملك متلقى من غيره، ولأنه تخللت[٤] حالة لو

---

(١) في (ز): (محمد وغيره).

(٢) في (ز) و(ظ): (ثم انفك له الرهن وتزويج).

(٣) أي: ملك المشتري.

(٤) في (ز) و(ظ): (تحللت).

صادفها الإفلاس والحجر لما رجع، فليستصحب[١] حكمها.

وهذا الخلاف كما ذكرنا في مثله من الرد بالعيب، وتعرضنا لهذه الصورة ونحوها هناك.

وفي سلسلة الشيخ أبي محمد: أن الوجهين فيما نحن فيه مبنيان على الوجهين في رجوع الواهب فيما إذا زال ملك الولد وعاد، وأنهما في الهبة مبنيان على الوجهين فيما إذا زال ملك المرأة وعاد، هل يرجع المطلق بالنصف؟ وأن الخلاف فيهما جميعاً مبنيٌّ على قولين منصوصين فيما إذا قال لعبده: «إذا جاء رأس الشهر فأنت حرٌّ» ثم باعه واشتراه فجاء رأس الشهر هل يعتق؟

ولك أن تقول: بناء الوجهين على القولين المنصوصين، واستخراجهما منهما[٢] معقول[٣] قويم، فأما بناء صورةٍ من صور الوجهين على أخرى مع استوائهما في المعنى فليس بأولى من القلب والعكس.

وإن عاد الملك إليه بعوض كما لو اشتراه، نظر: إن وفَّر[٤] الثمن على البائع الثاني[٥] فكما لو عاد بلا عوض، وإن لم يوفر وقلنا بثبوت الرجوع للبائع لو عاد بلا عوض، فالأول أولى بالرجوع لسبق حقه، أو الثاني لقرب حقه، أو يستويان ويضارب كل واحد منهما بنصف الثمن؟ فيه ثلاثة أوجه[٦].

---

(١) في (ظ) و(ز): (فيُستصحب).

(٢) في (ظ): (منه).

(٣) في (ط الفكر): (منقول).

(٤) أي: دفع.

(٥) في (ط الفكر): (الأول).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ١٥٦): «قلت: أصح الوجهين أولًا: أنه لا يرجع، وبه قطع الجرجاني في «التحرير» وغيره. وقال البغوي: ويجري الوجهان فيما لو رد عليه بعيب. والله أعلم».

وعجز المكاتَب وعوده إلى الرق كانفكاك الرهن أو كعود الملك بعد زواله؟ فيه طريقان[1] أجاب في «البسيط»[2] منهما بالأول.

ووجه الثاني: مشابهة الكتابة زوالَ الملك، وإفادتها استقلال المكاتب والتحاقه بالأحرار.

وقوله في الكتاب: (في أظهر القولين)، غير محمول على قولين منقولين في هذه المسألة بخصوصها؛ لإطباق النقلة على أن الخلاف فيها وجهان لا قولان.

لكن الأئمة فهموا من اختلاف قوله في نظير المسألة قولين فيما يضبط المسائل، وهو: أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟ فكأنه أراد بالقولين ذلك. والله أعلم.

* * *

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٥٦): «قلت: لو كان البيع شقصاً مشفوعاً ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشتري وأفلس بالثمن فأوجه:
أحدها: يأخذ الشفيع ويؤخذ منه الثمن فيخص به البائع جمعاً بين الحقين.
والثاني: يأخذه البائع.
وأصحها عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب وآخرين: يأخذه الشفيع ويكون الثمن بين الغرماء كلهم. والله أعلم».

(٢) في (ز) و(ظ): (الوسيط).

قال:

(الثاني: أن لا يكونَ متغيِّراً: فإن تغيَّرَ بطريانِ عيبٍ[١]، فليسَ له إلا[٢] أن يقنعَ به أو يضاربَ بالثَّمن، إلّا أن يكونَ بجنايةِ أجنبيّ، فله المضاربةُ[٣] بجزءٍ من الثَّمنِ على نسبةِ نقصانِ القيمة، لا بأرشِ الجناية، إذ قد يكونُ ذلكَ كلَّ القيمةِ عندَ قطعِ اليدَين، وذلك لا يُعتبرُ في حقِّ البائع. وجنايةُ المشتري، كجنايةِ الأجنبيِّ على أحدِ الطّريقَين).

إن لم يتغير المبيع عما[٤] كان، فللبائع الرجوع لا محالة، وإن تغير، فربما منع ذلك التغير الرجوع[٥]، وربما لم يمنع على ما سيتضح تفصيله، ويبين[٦] بذلك أنه ليس الشرط انتفاء نفس التغير، بل انتفاء بعض التغيرات، وبيان التفصيل المشار إليه أن التغير إما أن يكون بالنقصان أو بالزيادة.

القسم الأول: التغير بالنقصان، وهو على ضربين:

أحدهما: نقصان ما لا يتقسط الثمن عليه، ولا يفرد بالعقد، وهو المراد بالعيب. وربما عبر عنه بنقصان الصفة، فينظر: إن حصل ذلك بآفة سماوية فللبائع الخيار، إن شاء رجع إليه ناقصاً وقنع به، وإن شاء ضارب مع الغرماء بالثمن، كما لو تعيب المبيع في يد البائع، يخير المشتري بين أخذه معيباً بجميع الثمن وبين الفسخ والرجوع

(١) في (ز): (عيب أو قرض).

(٢) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٣) في (ز): (المطالبة).

(٤) في (ظ): (كما).

(٥) من قوله: (لا محالة) إلى هنا سقط من (ز).

(٦) في (ز): (ويتبين).

بالثمن، ولا فرق بين أن يكون النقصان حسياً كسقوط بعض الأعضاء والعمى، أو غير حسي كنسيان الحرفة[١] والإباق والزنى.

وفي كتاب القاضي ابن كج أن من أصحابنا من أثبت قولاً آخر: أنه يأخذ المعيب ويضارب مع الغرماء بما نقص، كما سنذكره في الضرب الثاني من النقصان، وهو غريب.

وإن حصل بجناية جانٍ، فذلك الجاني إما أجنبي أو البائع أو المشتري؟ إن كان الجاني أجنبياً فعليه الأرش، إما غير مقدرٍ أو مقدر بناءً على أن جرح العبد مقدر، وللبائع أن يأخذه معيباً ويضارب الغرماء بمثل نسبة ما انتقص من القيمة من الثمن، وإنما ضارب هاهنا بشيء لأن المشتري أخذ بدلاً من النقصان وكان ذلك مستحقاً للبائع لو بقي فلا يحسن تضييعه عليه، وإنما اعتبرنا في حقه نقصان القيمة دون التقدير الشرعي، لأن التقدير إنما أثبته الشرع في الجنايات، والأعواض يتقسط بعضها على بعضٍ باعتبار القيمة.

ولو اعتبرنا في حقه المقدر لزمنا أن نقول: إذا قطع الجاني يديه وغرم تمام القيمة يرجع البائع إلى العبد مع تمام القيمة أو تمام الثمن، وهذا محال، فننظر فيما انتقص من قيمته بقطع اليدين، ونقول[٢]: يضارب البائع الغرماء بمثل نسبته من الثمن.

ولو قطع إحدى يديه وغرم نصف القيمة وكان الناقص في السوق ثلث القيمة يضارب البائع بثلث الثمن ويأخذه، وعلى هذا القياس.

وإن كان الجاني البائع، فهو كما لو كان الجاني أجنبياً؛ لأن جنايته جناية على ما ليس بمملوك له ولا هو في ضمانه.

---

(١) في (ز) و(ظ): (الحرفة والتزويج).

(٢) في (ز): (وبقوله).

وإن كان الجاني المشتري، فطريقان:

أظهرهما ـ عند الإمام ـ: أن جنايته كجناية الأجنبي أيضاً[(١)]. لأن إتلاف المشتري قبضٌ واستيفاء منه على ما مرَّ في موضعه، فكأنه صَرَفَ جزءاً من المبيع إلى غرضه.

والثاني: أن جنايته كجناية البائع على المبيع؛ لأن المفلس والمبيع في يده كالبائع في المبيع[(٢)] قبل القبض من حيث أنه مأخوذ منه غير مقرّ في يده، فعلى هذا يحصل في جنايته قولان:

أحدهما: أنها كجناية الأجنبي.

وأصحهما: أنها كالآفة السماوية، هذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره[(٣)].

ولا يخطر بالبال أن حق تشبيه جناية المشتري هاهنا بجناية البائع قبل القبض[(٤)]: تشبيه جناية البائع هاهنا بجناية المشتري ثمّ، حتى يقال: كأنه استرجع بعض المبيع، إذ ليس له الفسخ والاسترجاع إلّا بعد حجر الحاكم عليه، وليس قبل الحجر حق ولا ملك. والله أعلم.

قال:

(وإن تغيَّـرَ بفواتِ بعضِ المبيع؛ كأحدِ العَبدَين، رجع إلى القائمِ وضاربَ بثمنِ التّالف. ونقصانُ وزنِ الزَّيت بالإغلاء؛ تغيُّـرُ صفةٍ أو تلفُ جزءٍ؟ فيه وجهان).

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣١٧).

(٢) من قوله: (لأن المفلس) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٨٨). وقال في «الروضة» (٤/ ١٥٧): «قلت: المذهب أنه كالآفة السماوية، وبه قطع جماعات. والله أعلم».

(٤) قوله: (قبل القبض) سقط من (ظ).

الضرب الثاني: نقصان ما يقسّط[١] الثمن عليه، ويصح إفراده بالعقد، كما لو اشترى عبدين أو ثوبين فتلف أحدهما في يد المشتري ثم أفلس وحجر عليه، فللبائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ويضارب مع الغرماء بحصته عن[٢] التالف، بل لو بقي جميع المبيع وأراد البائع فسخ البيع في نصفه[٣]، مُكِّن منه؛ لأنه أنفع للغرماء من الفسخ في الكل، فهو كما لو رجع الأب في نصف ما وهبه، يجوز.

وعن القاضي أبي حامد وأبي الحسين: أن من الأصحاب من ذكر قولين في أنه إذا أخذ الباقي يأخذه بحصته من الثمن أو يأخذه بجميع الثمن ولا يضارب بشيء، وذكر الإمام أن أصحاب هذه الطريقة طردوها في كل مسألة تضاهيها[٤]، حتى لو باع سيفاً وشقصاً بمئة يأخذ الشقص بجميع المئة على قول. قال: وهذا عندي قريبٌ من خَرْق الإجماع[٥]، هذا إذا تلف أحد العبدين ولم يقبض شيئاً من الثمن.

أما إذا باع عبدين متساويين في القيمة بمئة وقبض خمسين فتلف أحدهما في يد المشتري ثم أفلس، فقولان:

القديم: أنه لا رجوع له إلى العين، بل يضارب بباقي الثمن مع الغرماء، لما روي أنه ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به»[٦]، وإن كان قد قبض[٧] من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء.

---

(١) في (ز) و(ظ): (يتقسّط).

(٢) في (ز) و(ظ): (ثمن).

(٣) في (ز) و(ظ): (بعضه).

(٤) ضاهَأَهُ: عارَضَهُ وباراهُ. «المصباح المنير» مادة: ضهى.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٤٣).

(٦) سبق تخريجه في أول كتاب التفليس ص (١٥١) من هذا الجزء.

(٧) في (ز): (أقبضه).

والجديد: أنه يرجع، واحتج له بأن الإفلاس سبب يعود به كل العين إليه فجاز[١] أن يعود بعضه كالفرقة في النكاح قبل الدخول يرد[٢] بها جميع الصداق إلى الزوج تارة، وبعضه أخرى. وأما الحديث فهو مرسل. وعلى هذا فيم[٣] يرجع؟ نص في «الأم»[٤] أنه يرجع في جميع العبد[٥] الباقي بما بقي من الثمن[٦]، وله فيما إذا أصدقها أربعين شاة وحال عليها الحول فأخرجت شاة ثم طلقها قبل الدخول قولان:

أحدهما: يرجع بأربعين[٧] شاة، وهو قياس نصه هنا.

والثاني: أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة الشاة المخرجة. واختلفوا هاهنا على طريقين:

أحدهما[٨]: تخريج القول الثاني، وطرد[٩] القولين هاهنا.

وعلى هذا فأظهرهما[١٠]: أنه يأخذ جميع العبد الباقي بما بقي من الثمن، ويجعل ما قبضه من الثمن في مقابلة التالف كما لو رهن عبدين بمئة وأخذ خمسين، وتلف أحد العبدين كان الآخر مرهوناً بما بقي من الدين، والمعنى الجامع: أن له التعلق بكل العين إذا بقي كل الحق فليثبت له التعلق بالباقي من العين للباقي من الحق.

---

(١) في (ز): (يعود به العين فجاز).
(٢) في (ز) و(ظ): (يريد).
(٣) في (ظ): (فإلاّم).
(٤) سقط من (ظ).
(٥) سقط من (ظ).
(٦) الأم للشافعي (٣/ ٢٠٤).
(٧) في (ز) و(ظ): (بعشرين).
(٨) في (ز): (أظهرهما) دون قوله: (وعلى هذا).
(٩) في (ظ): (بطرد).
(١٠) في (ز) و(ظ): (أظهرهما).

والثاني[١] ـ وهو اختيار المزني ـ: أنه يأخذ نصف العبد الباقي[٢] بنصف الباقي من الثمن، ويضارب الغرماء بنصفه، لأن[٣] الثمن يتوزع على المبيع بالمقبوض[٤]، والباقي يتوزع واحد منهما على العبدين.

والطريق الثاني: القطع بالمنصوص، والفرق بينه وبين الصداق: أن الزوج إذا لم يرجع إلى عين الصداق أخذ[٥] القيمة بتمامها، والبائع هاهنا لا يأخذ الثمن بل يحتاج إلى المضاربة.

ولو قبض بعض الثمن ولم يتلف شيء من المبيع ففي الرجوع القولان؛ القديم والجديد. وعلى الجديد: يرجع إلى المبيع بقسط الباقي من الثمن، فلو قبض نصف الثمن رجع في نصف العبد المبيع أو العبدين المبيعين.

فرعان:

أحدهما وقد ذكره في الكتاب: إذا أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بعضه ثم أفلس فوجهان:

أحدهما: كما لو تعيب المبيع[٦] وكان الزائل صفة التفل[٧]، فعلى هذا يرجع إليه ويقنع به.

---

(١) أي: القول الثاني.

(٢) في (ظ): (الثاني).

(٣) في (ز): (من).

(٤) في (ز): (والمقبوض)، وفي (ظ): (المقبوض).

(٥) في (ظ): (وأخذ).

(٦) في (ظ): (المبيع حتى ذهب نصفه ثم أفلس فوجهان: أحدهما: أنه كما لو تعيب المبيع).

(٧) في (ظ): (التعل)، ولا معنى له.

وأصحهما: أنه بمثابة تلف بعض المبيع كما لو أنصب[١].

فعلى هذا: لو ذهب نصفه أخذ[٢] بنصف الثمن وضارب مع الغرماء بالنصف. وإن ذهب ثلثه أخذه بثلثي الثمن وضارب معهم بالثلث، ومن قال بالوجه الأول فالشرط[٣] أن يطرده في إغلاء الغاصب الزيت المغصوب، وليس له ذكرٌ هناك، بل لم يتعرض له المعظم هاهنا، واقتصروا على الوجه الثاني. نَعَم؛ لو كان مكانَ الزيتِ العصيرُ فقد أجابوا هاهنا، وفي الغصب بوجهين، ورجحوا التسوية بينه وبين الزيت.

ووجه الفرق: أن الذاهب من العصير ماء لا مالية له، والذاهب من الزيت مُتَمَوَّل. وإذا قلنا بالتسوية، فلو كان العصير المبيع أربعة أرطال، قيمتها ثلاثة دراهم فأغلاها حتى عادت إلى ثلاثة أرطال فيرجع إلى الباقي ويضارب بربع الثمن للذاهب[٤]، ولا عبرة بنقصان قيمة المغلي كما إذا عادت قيمته إلى درهمين.

وإن زادت قيمته بأن صارت أربعة، فيبنى على أن الزيادة الحاصلة بالصنعة[٥] أثر أم عين؟ إن قلنا: أثر، فاز البائع بما زاد، وإن قلنا: عين، فعن القفال أن الجواب كذلك، وعن غيره أن المفلس يكون شريكاً له بالدرهم الزائد.

وإن بقيت القيمة ثلاثة كما كانت فيكون بقاؤها بحالها مع نقصان بعض العين لازدياد الباقي بالطبخ، فإن جعلنا هذه الزيادة أثراً فاز بها البائع، وإن جعلناها عيناً فكذلك عند القفال.

---

(١) في (ظ): (نصب).

(٢) في (ز) و(ظ): (أخذه).

(٣) في (ظ): (ينبغي).

(٤) في (ظ): (الذاهب).

(٥) كذا في (ز) و«الروضة»، وفي غيرها: (بالصفة).

وقال غيره: يكون المفلس شريكاً بثلاثة أرباع درهم، لأن هذا القدر هو قسط الرطل الذاهب، وهو الذي زاد بالطبخ في الباقي[١] هذا ما يستمر على القواعد، ولصاحب «التلخيص»[٢] في المسألة كلام غلَّطوه فيه.

الفرع الثاني: لو كان المبيع داراً فانهدمت ولم يهلك شيء من النقص، فهذا[٣] النقصان من قبيل الضرب الأول كالعمى ونحوه. ولو هلك بعضه بإحراق أو غيره فهو من الضرب الثاني، هكذا أطلقوه، ولك أن تقول: وجب أن يطرد فيه الخلاف الذي ذكرناه في تلف سقف الدار المبيعة قبل القبض أنه كالتعيب أو تلف أحد العبدين. والله أعلم.

قال:

(أما التغيُّـرُ بالزِّيادة، فالمتَّصلةُ من كلِّ وجهٍ لا حكمَ لها، بل تسلَّمُ للبائعِ مجاناً. والمنفصلةُ من كلِّ وجهٍ؛ كالولد، لا يرجعُ فيه، ولكن إن كانَ صغيراً فعليه أن يبذلَ قيمةَ الولد؛ حذاراً من التَّفريق، فإن أبى بطلَ حقُّه؛ على رأيٍ من رأى الرُّجوع (و)، وبيعتِ[٤] الأمُّ والولُد على رأي، وصِرُفَ إليه نصيبُ الأمِّ على الخصوص. وإذا تفرَّخَ البيضُ المشترى أو نبتَ البذرُ بالزراعة، فقد فاتَ المبيعُ على الأظهَر (و)، وهذا موجودٌ جديد).

القسم الثاني: التغير بالزيادة، وهي نوعان:

---

(١) في (ز): (في الطبخ بالباقي).

(٢) هو ابن القاص.

(٣) في (ظ): (فهو).

(٤) في (ز): (بطل حقه من الرجوع على رأي وبيع).

أحدهما: الزيادة الحاصلة لأمر خارج، وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: المتصلة من كل وجه كالسِمَنِ وتعلم الحرفة وكبر الشجرة، فلا عبرة بها وللبائع الرجوع من غير أن يلتزم بالزيادة شيئاً. وعلى هذا حكم هذه الزيادات في جميع الأبواب إلّا في الصداق، فإن الزوج لا يرجع إذا طلّق قبل الدخول إلى النصف الزائد إلّا برضا المرأة. وسبب مفارقته سائر الأصول يذكر هناك.

والثاني: الزيادة المنفصلة من كل وجه، كثمرة الشجرة واللبن والولد، فيرجع في الأصل، وتسلم الزوائد للمفلس. نعم لو كان الولد صغيراً فوجهان:

أحدهما: أنه إن بذل قيمة الولد أخذه مع الأم، وإلّا ضارب بالثمن وبطل حقه من الرجوع لامتناع التفريق.

وأصحهما: أنه إن بذل قيمته فذاك، وإلّا بيعا معاً وصرف ما يخص الأم إلى البائع، وما يخص الولد إلى المفلس.

وهاهنا مباحثة، وهي: أنا ذكرنا وجهين فيما إذا وَجَدَ الأم معيبةً وهناك ولد صغير أنه يترك الرد وينتقل إلى الأرش، ويحتمل[١] التفريق للضرورة، وفيما إذا رهن الأم دون الولد أنهما يباعان معاً ويحرم[٢] التفريق.

ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال التفريق وإنما احتالوا في دفعه، فيجوز أن يقال: يجيء وجه التفريق هاهنا أيضاً، لكنهم لم يذكروه اقتصاراً على الأصح، ويجوز أن يفرق بأن مال المفلس كله مصروفٌ[٣] إلى الغرماء، فلا وجه لاحتمال التفريق مع

---

(١) في (ز): (أو يحتمل).

(٢) في (ظ) و(ز): (أو يحتمل).

(٣) في (ز): «مال المفلس مبيع كله مصروف». (م ع).

إمكان المحافظة على جانب الراجع وكون ملك المفلس مزالاً من الأول[1].

ولو كان المبيع بذراً فزرعه المشتري ونبت، أو بيضة فتفرخت في يده، ثم أفلس[2] فوجهان:

أحدهما: أنه ليس له الرجوع إليه، لأن المبيع قد هلك وهذا شيء جديد له اسم جديد.

والثاني: يرجع، لأنه حدث من عين ماله أو هو عين ماله[3] اكتسب هيئة أخرى فصار كالوديّ[4] إذا صار نخلًا.

والوجه الأول هو اختيار صاحب الكتاب[5]، وبه قال القاضي[6] ابن كج وأبو الطيب.

والأصح عند أصحابنا العراقيين وصاحب «التهذيب» الوجه الثاني[7]، وسترى في كتاب الغصب ما يؤيده.

ويجري مثل هذا الخلاف في العصير إذا تخمر في يد المشتري ثم تخلل، ولو

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٦٠): «قلت: هذا الثاني هو الصواب، وبه قطع الجمهور تصريحاً وتعريضاً. وحكى صاحب «الحاوي» والمستظهري، وغيرهما وجهاً غريباً ضعيفاً: أنه يجوز التفريق بينهما للضرورة كمسألة الرهن. وقالوا: ليس هو بصحيح إذ لا ضرورة، وفرقوا بما سبق. فحصل أن دعوى الإمام الرافعي ليست بمقبولة. والله أعلم».

(٢) في (ز) و(ظ): (فلس).

(٣) قوله: (أو هو عين ماله) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) الوديُّ على فَعيلٍ: صغار الفسيل والنخل. «المصباح المنير»، مادة: ودى.

(٥) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٢٣).

(٦) في (ز) و(ظ): (القاضيان).

(٧) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٩٤).

اشترى زرعاً أخضر مع الأرض، ففلس وقد اشتد الحب ؛ فقد قيل بطرد الوجهين، وقيل بالقطع بالرجوع.

واعلم أنا إذا قلنا بثبوت الرجوع في هذه الصورة جعلنا هذه التغيرات من القسم الذي نحن فيه، وإذا لم نقل بثبوته جعلنا هذه التغيرات[1] خارجة عن الأقسام المذكورة، فالتقسيم الحاوي لها أن يقال: التغير ينقسم إلى ما يقلب المبيع عما هو عليه ويجدد اسماً ومسمى، وإلى غيره، وفيه تقع الأقسام المذكورة.

قال:

(وإن كانت الجاريةُ المبيعَةُ حاملاً فولدَت قبلَ الـرُّجوعِ، ففي تعلُّقِ الرُّجوعِ به قولان. ولو حَبلَت بعدَ البيع؛ فالصَّحيحُ تعدِّي الرجوعِ إلى الجنين. وحكمُ الثمرةِ قبلَ التأبيرِ حكمُ الجنين، وأولى بالاستقلال).

الضرب الثالث: الزيادة المتصلة من وجه دون وجه، كالحمل. ووجه اتصاله: ظاهر. ووجه[2] انفصاله: استقلاله وانفراده بالحياة والموت وكثير من الأحكام.

وجملة القول فيه: أنه إن حدث الحمل بعد الشراء وانفصل قبل الرجوع، فحكم الولد ما مر في الفصل السابق، وإن كانت حاملاً عند الشراء وعند الرجوع جميعاً، فهو كالسمن، ويرجع البائع فيها حاملاً، وإن كانت حاملاً عند الشراء وولدت قبل الرجوع، ففي تعدي الرجوع إلى الولد قولان بناهما الأصحاب على الخلاف في أن الحمل هل يعرف أم لا؟

---

(١) من قوله: (من القسم) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) قوله: (ظاهر ووجه) سقط من (ظ).

إن قلنا: نعم، وهو الأصح، رجع، كما لو اشترى شيئين.

وإن قلنا: لا، بقي الولد للمفلس.

وربما وجه قول التعدي بأن الولد كان موجوداً عند العقد ملكه المشتري بالعقد، فوجب أن يرجع إلى البائع بالرجوع، وقول المنع بأنه ما لم ينفصل تابع ملحق بالأعضاء فكذلك[1] يتبع في البيع، أما عند الرجوع فهو شخص مستقل بنفسه فيفرد بالحكم، وكأنه وجد حين استقل.

وإن كانت حائلاً عند الشراء، حاملاً عند الرجوع، فقولان موجهان بطريقين:

أشهرهما: البناء على أن الحمل هل يعرف؟ إن قلنا: لا، أخذها حاملاً. وإن قلنا: نعم، ففي «التهذيب» وجه: أنه لا رجوع له، ويضارب الغرماء[2]، والأصح أن له الرجوع في الأم ولا حقَّ له في الولد كما لو كان منفصلاً.

والثاني: توجيه تعدي الرجوع إلى الولد أن[3] الحمل يتبع الجارية حال البيع فكذلك في حال الرجوع. وتوجيه المنع: بأن البائع يرجع إلى ما كان عند البيع أو حدث فيه من الزيادات المتصلة ولم يكن الحمل موجوداً. ولا سبيل إلى غيره[4] من الزيادات المنفصلة[5] لاستقلاله وانفراده في كثير من الأحكام.

---

(١) في (ز): (فلذلك)، وفي (ظ): (وكذلك).

(٢) في (ز): (يضاربُ الغرماء بالثمن).

«التهذيب» للبغوي (٤/ ٩٠).

(٣) في (ز) و(ظ): (بأن).

(٤) في (ز) و(ظ): (عده).

(٥) في (ز) و(ظ): (المتصلة).

ثم قضية المأخذ الأول: أن يكون الأصح اختصاص الرجوع بالأم، لأن الأصح أن الحمل يعرف، وكذلك ذكر بعض شارحي «المفتاح»، إلّا أن الأكثرين مالوا إلى ترجيح القول الآخر كما رجحه صاحب الكتاب[(١)]، وذكروا أنه المنصوص، فليوجه بالمأخذ الثاني. وإذا قلنا باختصاص الرجوع بالأم، فقد ذكر الشيخ أبو محمد أنه يرجع فيها قبل الوضع، فإذا ولدت فالولد للمفلس. وقال الصيدلاني وغيره: يصبر إلى انفصال الولد ولا يرجع في الحال، ثم الاحتراز عن التفريق بين الأم والولد طريقه ما مر[(٢)].

واعلم أن استتار الثمرة بالأكمة وظهورها بالتأبير قريبان[(٣)] من استتار الجنين وظهوره بالانفصال، وفيها الأحوال الأربع المذكورة في الجنين.

أولها: أن يشتري نخيلاً وعليها ثمرة غير مؤبرة وكانت عند الرجوع غير مؤبرة بعد.

وثانيها: أن يشتريها ولا ثمار عليها غير مؤبرة ثم كانت[(٤)] لها ثمار عند الرجوع مؤبرة أو مدركة أو مجذوذة فالحكم فيها كما ذكرنا في الحمل.

---

(١) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٢٨).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٦١): «قلت: قول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين. وصرح به صاحب «الحاوي» وغيره. قال صاحب «الحاوي»: ولا يلزم تسليمها إلى البائع لحق المفلس ولا إقرارها في يد المفلس أو غرمائه لحق البائع في الأم. ولا يجوز أخذ قيمة الولد فتوضع «الأم» عند عدل يتفقان عليه، وإلّا فيختار الحاكم عدلاً. قال: ونفقتها على البائع دون المفلس لأنه مالك الأم. وسواء قلنا: تجب نفقة الحامل لحملها أم لا. قال أصحابنا: وحكم سائر الحيوانات الحائلة والحاملة حكم الجارية، إلّا أن في باقي الحيوانات يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير بخلاف الجارية. والله أعلم».

(٣) في (ز): (قريب).

(٤) في (ز) و(ظ): (ولا ثمرة عليها ثم كانت).

وثالثها: إذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبرة، وعند الرجوع مؤبرة فطريقان:

أحدهما: إن أخذ البائع الثمرة على القولين في أخذ الولد إذا كانت حاملاً عند البيع ووضعت قبل الرجوع.

والثاني: القطع بأنه يأخذ الثمرة، لأنها وإن كانت مستترة فهي مشاهدة موثوق بها قابلة للإفراد بالبيع، فكانت أحد مقصودي العقد فيرجع فيها رجوعه في النخيل.

وإن شئت عبرت عن الطريقين بأنا إن قلنا: يأخذ الولد فالثمرة أولى بالأخذ وإلّا فقولان.

ورابعها: إذا كانت النخلة حائلاً[1] عند الشراء فأطلعت عند المشتري ثم جاء وقت الرجوع وهي غير مؤبرة فقولان:

رواية الربيع: أنه لا يأخذ الطلع؛ لأنه يصح إفراده بالبيع، فلا يجعل تبعاً كالثمار المؤبرة.

ورواية المزني وحرملة: أنه يأخذه مع النخيل؛ لأنه تبع في البيع، فكذلك في الفسخ.

وفيه طريقة أخرى قاطعة بأنه لا يأخذ الطلع لما ذكرنا من الوثوق به واستقلاله.

قال الشيخ أبو حامد: وعلى هذا القياس أمر الثمرة التي لم تؤبر، فحيث أزال الملك باختياره بعوض استتبع ما لم يؤبر من الثمار، وإن زال قهراً بعوض فهو كما في الشفعة والرد بالعيب، فالاستتباع[2] على هذين القولين. وإن زال لا بعوض اختياراً أو قهراً كما في الرجوع في الهبة ففيه القولان.

---

(١) أي: غير مطلقة.

(٢) في (ظ): (فاستباع).

وقوله في الكتاب: (وحكم الثمرة قبل التأبير حكم الجنين وأولى بالاستقلال)، يشير إلى طريقة القطع في الثمار تارةً بالإثبات وأخرى بالنفي،كما بيناه. وحكم سائر الثمار وما يلتحق منها بالمؤبر، وما يلتحق بغير المؤبر، فلا يصح في البيع[١].

ويتفرع على منقول المزني، وهو الأظهر: أنه لو جرى التأبير وفسخ البائع البيع[٢] ثم قال البائع: «فسخت قبل التأبير والثمار لي»، وقال المفلس: «بل بعده»؛ فالقول قول المفلس مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الفسخ حينئذ، وبقاء الثمار له.

وعن أبي الحسين أن بعضهم ذكر قولاً آخر: أن القول قول البائع؛ لأنه أعرف بتصرفه. وقال المسعودي: يخرّج قول: إن المفلس يقبل قوله من غير يمين بناءً على أن النكول ورد اليمين كالإقرار، وأنه لو أقر لما قُبِلَ إقرارُه[٣]. والمذهب الأول، وإنما يحلف[٤] على نفيه العلم بسبق الفسخ على التأبير لا على نفي السبق[٥].

فإن حلف بقيت الثمار له، وإن نكل فهل للغرماء أن يحلفوا؟ فيه الخلاف

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (بغير المؤبرة قد اتضح في البيع).

(٢) سقط من (ز).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ١٦٢): «قلت: ينبغي أن يجيء قول: إن القول قول السابق بالدعوى. وقول: إنهما إن اتفقا على وقت التأبير واختلفا في الفسخ فقول المفلس، وإن اتفقا على وقت الفسخ واختلفا في التأبير فقول البائع، كالقولين في اختلاف الزوجين في انقضاء العدة والرجعة والإسلام. قال صاحب «الشامل» وغيره: وكذا لو قال البائع: بعتك بعد التأبير فالثمرة لي. وقال المشتري: قبله. فالقول قول البائع مع يمينه. وقد ذكرت هذه المسألة في اختلاف المتبايعين. والله أعلم».

(٤) أي المفلس.

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٦٣): «قلت: فلو أقر البائع أن المفلس لا يعلم تاريخ الرجوع سلّمت الثمرة للمفلس بلا يمين، لأنه يوافقه على نفي علمه. قاله الإمام. والله أعلم».

المذكور فيما إذا ادعى المفلس دَيْناً على غيره، وأقام شاهداً ولم يحلف معه، هل يحلف الغرماء؟

فإن قلنا: لا يحلفون، وهو الأصح، أو قلنا: يحلفون فنكلوا، عرضت اليمين على البائع. فإن نكل فهو أحق[١] كما لو حلف المفلس. وإن حلف؛ فإن جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبينة؛ فالثمار له، وإن جعلناها كالإقرار فيخرّج على القولين في قبول إقرار المفلس في مزاحمة المقر له الغرماء، فإن لم يقبله صرفت الثمار إلى الغرماء كسائر الأموال، فإن فضل شيءٌ أخذه البائع بحلفه، هذا إذا كذب الغرماء البائع كما كذبه المفلس.

وإن صدقوه لم يقبل إقرارهم على المفلس، بل إذا حلف بقيت الثمار له، وليس لهم المطالبة بقسمتها؛ لأنهم يزعمون أنها [للبائع، و][٢] ليست ملكاً له وليس له التصرف فيها لمكان الحجر واحتمال أن يكون له غريم آخر، نعم له إجبارهم على أخذها إن كانت من جنس حقوقهم أو إبراء ذمته عن ذلك القدر على ظاهر المذهب، كما لو جاء المكاتب بالنجم، فقال السيد: «إنه مغصوبٌ»، فيقال له: «خذه أو أبرئ[٣] عنه».

وفيه وجه: أنهم لا يجبرون على أخذها بخلاف المكاتب، لأنه يخاف العودة إلى الرق لو لم يؤخذ[٤] منه، وليس على المفلس كثير ضرر، فإن أجبروا على أخذها فأخذوها فللبائع أخذها منهم لإقرارهم. وإن لم يجبروا وقسم سائر أمواله فله طلب فك الحجر، إذا قلنا: إنه لا يرتفع بنفسه، ولو كانت من غير جنس حقوقهم فبيعت[٥] وصرف ثمنها

---

(١) سقط من (ز) و(ظ).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من «الروضة» (٤/ ١٦٣)، وأثبتها المحقق دون أن ينبّه عليها. (م ع).

(٣) في الأصل: (أبره).

(٤) في (ظ): (يأخذ).

(٥) في (ظ): (منعت).

إليهم تفريعاً على الإجبار لم يتمكن البائع من أخذه منهم، لأنهم لم يقروا له بالثمن وعليهم رده على المشتري، فإن لم يأخذه فهو مال ضائع[١].

ولو كان في المصدقين عدلان شهدا للبائع على صيغة الشهادة وشرطها أو عدل واحد وحلف البائع معه قبلت الشهادة وقضى له، هكذا أطلق الشافعي وعامة الأصحاب، وأحسن بعض الشيوخ الشارحين للمختصر فحمله على ما إذا شهد الشهود قبل تصديق البائع أو بعده، وقلنا: إنهم لا يجبرون على أخذ الثمار وإلّا فهم يدفعون بالشهادة ضرر أخذها وضياعها عليهم بأخذ البائع[٢].

ولو صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم فللمفلس تخصيص المكذبين بالثمار، ولو أراد بعضهم[٣] قسمتها[٤] على الكل فوجهان:

قال أبو إسحاق رحمه الله: له ذلك كما لو صدقوه جميعاً[٥].

وقال الأكثرون: لا، لأن من صدق البائع يتضرر بالأخذ؛ لأن البائع يتضرر[٦] بأخذ ما أُخذ منه، والمفلس لا يتضرر، بأن لا يصرف إليه لإمكان الصرف إلى المكذبين بخلاف ما إذا صدقه الكل.

وإذا صرف إلى المكذبين ولم يفِ بحقوقهم فيضاربون المصدقين في سائر الأموال

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٦٤): «قلت: هذا هو الصحيح المعروف. وفي «الحاوي» وجه شاذ: أنه يجب عليهم دفع الثمن إلى البائع، لأنه بدل الثمرة فأعطي حكمها، والصواب ما سبق، والله أعلم».

(٢) من قوله: (أو بعده) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) في (ظ): (قسمتهم).

(٥) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٢٠).

(٦) سقط من (ز) و(ظ).

ببقية ديونهم، مؤاخذة لهم بزعمهم أو بجميع ديونهم؛ لأن زعم المصدقين أن سائر[1] ديون المكذبين لم تتأدَّ ؛ وفيه وجهان، أظهرهما ـ وهو المنصوص ـ: أولهما.

وجميع ما ذكرناه فيما إذا كذّب المفلس البائع.

أما إذا صدقه، نُظِر: إن صدقه الغرماء أيضاً قضى له، وإن كذَّبوه وزعموا أنه أقرَّ عن مواطأةٍ جرت بينهما، فعلى القولين فيما إذا أقر بعين مال أو بدين لغيره. وإن قلنا: لا يقبل، فللبائع تحليف الغرماء على أنهم لا يعرفون فسخه قبل التأبير، ومنهم من قال: هو على القولين السابقين في أن الغرماء هل يحلفون، والأول: أصح، لأن اليمين هاهنا توجهت عليهم ابتداءً، وثَمَّ ينوبون عن المفلس، واليمين لا تجري فيها النيابة[2].

ذنابة[3]: النظر[4] في انفصال الجنين، وفي ظهور الثمار بالتأبير إلى حال الرجوع دون الحجر ؛ لأن ملك المفلس باق إلى أن يرجع البائع. والله أعلم.

قال:

(ولو بقيتِ الثَّمرةُ للمشتري، فعلى البائع إبقاؤها[5] إلى الجذاذ، وكذا إبقاءُ زرعِه من غيرِ أجرةٍ (و) حيثُ يثبتُ[6] الرُّجوعُ في الثِّمار، فلو كانت قد تلفَت فرجعَ في الشَّجرة، فيطالَبُ بجزءٍ من الثَّمنِ للثَّمرةِ بطريقِ

---

(١) في (ز) و(ظ): (شيئاً من).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٦٤): «قلت: وليس للغرماء تحليف المفلس، لأن المقر لا يمين عليه فيما أقر به، قاله في «الحاوي» وغيره، والله أعلم».

(٣) ذِنابُ كل شيء: عَقِبُهُ ومؤخرُه، بكسر الذال. «لسان العرب»، مادة:ذنب.

(٤) أي الاعتبار.

(٥) في (ز): (إبقاؤه).

(٦) في (ز): (ثبت).

المضاربة، ويعرفُ قدرَه باعتبارِ أقلِّ (و) القيمتَينِ من يومِ العقدِ إلى يومِ القبضِ؛ لأن ما نقصَ قبلَ القبضِ لم يدخُل في ضمانِ المشتري، ويعتبرُ للشجرةِ أكثرُ القيمتَين؛ على الأظهر (و)؛ تقليلاً للواجبِ على المشتري).

في الفصل مسألتان:

إحداهما: مهما رجع البائع في الأشجار المبيعة وبقيت الثمار للمشتري إما لحدوثها بعد البيع أو لظهورها قبل الرجوع أو على أحد القولين[1] في الحالة الثالثة والرابعة، فليس له قطعها بل عليه إبقاء الثمرة إلى الجذاذ. وكذا لو رجع في الأرض المبيعة وهي مزروعة بزرع المشتري ترك[2] الزرع إلى الحصاد، لأنه لم يتعد بالزرع حتى يقلع زرعه، وهذا كما إذا اشترى أرضاً مزروعةً ليس للمشتري أن يكلف البائع قلع الزرع، ثم إذا أبقى[3] الزرع أبقاه بغير أجرة، بخلاف ما إذا أكرى أرضاً وزرع فيها المكتري ثم أفلس وفسخ المكري الإجارة حيث قلنا: يترك الزرع إلى الحصاد بأجرة المثل.

والفرق من وجهين:

أشهرهما: أن المستأجر دخل في الإجارة على أن يضمن للبائع[4] المنافع فألزمناه بدلها، والمشتري دخل في الشراء على أن تحصل له المنافع بلا عوض فلم يحسن إلزامه بدلها.

---

(١) في (ظ): (الوجهين).

(٢) في (ز) و(ظ): (يترك).

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (بقى).

(٤) سقط من (ز) و(ظ).

وأفقههما: أن مورد البيع الرقبة، وأنها تحصل له بالفسخ وإن لم يأخذ الأجرة، ومورد الإجارة المنافع، فإذا لم يتمكن من استيفائها[1] ولم يمكَّن[2] من أخذ بدلها، خلا الفسخ عن الفائدة، ولم يَعُدْ إليه حقه.

وعن صاحب «التقريب» أن ابن سريج خرج قولاً: أن للبائع طلب أجرة المثل لمدة بقاء الزرع، كما لو بنى المشتري أو غرس كان للبائع الإبقاء بالأجرة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ثم الكلام فيهما[3] إذا طلب الغرماء أو المفلس القطع قبل الجذاذ وقبل الحصاد على ما مر في فصل الإجارة.

الثانية: إذا ثبت الرجوع في الثمار، إما بالتصريح ببيعها مع الأشجار وهي مؤبرة على أحد القولين في الحالة الثالثة والرابعة، ثم تلفت الثمار بجائحة أو بأكل المشتري ثم أفلس، فالبائع يأخذ الأشجار بحصتها من الثمن ويضارب مع الغرماء بحصة الثمار.

وسبيل التوزيع: أن تقوَّم الأشجار وعليها الثمار، فيقال: «قيمتها مئة»، وتقوَّم وحدها فيقال: «قيمتها تسعون»، فيضارب بعشر الثمن، فإن اتفق في قيمتها انخفاضٌ وارتفاعٌ فالاعتبار في قيمة الثمار بالأقل من قيمتها[4] يوم العقد ويوم القبض، لأنها إن كانت يوم القبض أكثر[5]، فما نقص قبله من ضمان البائع، فلا يحسب على المشتري،

---

(١) في (ظ): (استيفاء).

(٢) في (ز) و(ظ): (يمكنه).

(٣) في (ظ): (فيها).

(٤) في (ز) و(ظ): (قيمتي).

(٥) كذا في «الروضة»، وفي الأصل: (أقل) وهو خطأ.

وإن كانت يوم العقد أقل؛ فالزيادة حصلت في ملك المشتري وتلفت فلا تعلق للبائع بها. نعم ؛ لو كانت العين باقيةً رجع فيها تابعةً للأصل.

وعن صاحب «التقريب»: أن بعضهم قال باعتبار قيمةِ يوم القبض، واحتسب الزيادة للبائع بعد التلف، كما أنها لو بقيت العين لحصلت له، وهذا ظاهر نصه في «المختصر» إلّا أن الجمهور حملوه على ما إذا كانت قيمة يوم القبض أقل أو لم تختلف القيمة، فسواء أضفتهما إلى هذا اليوم أو إلى هذا اليوم.

وأما الأشجار: ففيها وجهان:

أظهرهما ـ عند صاحب الكتاب، وهو الذي أورده الصيدلاني وغيره ـ: أن الاعتبار فيها بأكثر القيمتين، لأن المبيع بين العقد والقبض من ضمان البائع، فنقصانه عليه، وزيادته للمشتري، ففيما يأخذه البائع يعتبر الأكثر ليكون النقصان محسوباً عليه، كما أن فيما يبقى للمشتري أو[1] يضارب البائع بثمنه[2] يعتبر الأقل ليكون النقصان محسوباً عليه.

والثاني ـ وهو الذي نقله صاحب «التهذيب» و«التتمة» ـ: أن الاعتبار بقيمة يوم العقد، سواء كانت أكثر القيمتين أو أقلهما، أما إذا كانت أكثرهما فكما[3] ذكرنا في الوجه الأول[4]، وأما إذا كانت أقلهما فلأن ما زاد[5] بعد ذلك من جملة الزيادات المتصلة، وعين الأشجار باقية، فيفوز بها البائع ولا تحسب عليه. قال الإمام: ولصاحب

---

(١) في (ز) و(ظ): (و).

(٢) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (فلما).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٨٩).

(٥) في (ظ): (أقلهما فالآن ما زاد).

الوجه الأول أن يقول: نعم، البائع يفوز بها، ولكن يبعد أن يفوز بها وهي حادثة في ملك غيره ثم لا يحسبها من المبيع، فإذا فاز بها فليقدر كأنها وجدت يوم البيع[١].

ولنبين اختلاف قيمة الأشجار والثمار بالتمثيل، فنقول: كانت قيمة الشجرة يوم البيع عشرة، وقيمة الثمرة خمسة، فلو لم تختلف القيمة لأخذ الشجرة بثلثي الثمن وضارب[٢] للثمرة بالثلث. ولو زادت قيمة الثمرة فكانت عشرة يوم القبض فكما لو كانت القيمة بحالها على المشهور. وعلى الوجه البعيد يضارب بنصف الثمن. ولو نقصت فكانت يوم القبض درهمين ونصفاً يضارب بخُمس الثمن. ولو زادت قيمة الشجرة أو نقصت فالحكم على الوجه الثاني كما لو بقيت بحالها، وعلى الأول كذلك إن نقصت، وإن زادت فكانت خمسة عشر فيُضارِبُ بربع الثمن.

ثم ذيَّل الإمام المسألة بكلامين مستفادين:

أحدهما: إذا اعتبرنا في الثمار أقل القيمتين، فإن كانتا متساويتين لكن وقع بينهما نقصان، نظر: إن كان بمجرد[٣] انخفاض السوق، فلا عبرة به، وإن كان لعيبٍ طرأ وزال؛ فكذلك على الظاهر، كما أنه يسقط بزواله حق الرد.

وإن لم يزل العيب، لكن عادت قيمته إلى ما كانت[٤] بارتفاع السوق، قال: والذي أراه أن في هذه الصورة تعتبر قيمة يوم العيب دون البيع والقبض، لأن النقصان الحاصل من ضمان البائع، والارتفاع بعده في ملك المشتري، لا يصلح جابراً[٥] له.

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٢٢).

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (وصارت).

(٣) في (ظ): (لمجرد).

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (كان).

(٥) في (ط الفكر) و(ظ): (جائزاً).

والثاني: إذا اعتبرنا في الأشجار أكثر القيمتين، فلو كانت قيمة الشجر يوم العقد مئة، ويوم القبض مئة و[١] خمسين، ويوم رجوع البائع مئتين؛ فالوجه القطع باعتبار المئتين.

ولو كانت قيمتها يوم العقد ويوم القبض ما ذكرنا، ويوم الرجوع مئة، اعتبرنا[٢] يوم الرجوع، على أن ما طرأ[٣] من زيادةٍ وزال ليس ثابتاً يوم العقد حتى نقول: إنه وقت المقابلة ولا يوم أخذ البائع حتى يحسب عليه.

ولك أن تقول هذا إن استقام في طرف الزيادة، تخريجاً على ما سبق، إن ما فاز به البائع من الزيادات الحادثة عند المشتري يقدر كالموجود عند البيع، فلا يستقيم في طرف النقصان، لأن النقصان الحاصل في يد المشتري كعيبٍ حدث في المبيع، وإذا رجع البائع إلى العين المبيعة لزمه القناعة بها، ولا يطالب المشتري للعيب بشيء. والله تعالى أعلم.

وينبغي أن يُعرف سبيل التوزيع في كل صورة تَلِفَ فيها أحدُ الشيئين المبيعين واختلفت القيمة وأراد الرجوع إلى[٤] الباقي على ما ذكرنا في الأشجار والثمار بلا فرق. والله أعلم.

قال:

(أما الزِّيادةُ الملتحقةُ بالمبيعِ من خارجٍ؛ ينظر: إن كانَ عيناً محضاً؛

---

(١) قوله: (مئة و) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٢) في (ز): (اعتبر).

(٣) في (ظ): (الرجوع لان ما طرأ).

(٤) في (ط الفكر): (في).

كما لو بنى المشتري أو غَرَس، فعلى[1] ثلاثةِ أقوال. أحدها: أنه فاقدٌ عيَن مالِه. والثاني: أنه يباعُ الكلُّ فيوزَّعُ به على نسبةِ القيمة[2]. والأصحّ: أن يرجعَ إلى العينِ ويتخيَّـرَ في الغراسِ بينَ أن يبذلَ قيمتَه وبينَ أن يغرمَ[3] أرشَ النقصانِ أو يبقى بأُجرة).

النوع الثاني من الزيادات: هي الملحقة بالمبيع من خارج، وتنقسم إلى عين محضة، وإلى صفة محضة، وإلى ما يتركب منهما.

القسم الأول: العين المحضة، ولها ضربان:

أحدهما: أن تكون قابلةً للتمييز عن المبيع كما إذا اشترى أرضاً فغرس فيها أو بنى ثم أفلس قبل توفية الثمن.

واعلم أن منقول المصنف وشيخه في المسألة يخالف منقول جمهور الأصحاب على طبقاتهم، فنذكر منقولهم الذي عليه الاعتماد، ثم نعود إلى ما نقلاه.

قال الأصحاب: إذا اختار البائع الرجوع في الأرض، نُظِر: إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع[4] وتفريغ الأرض وتسليمها بيضاء، رجع فيها وهم يستقلون بالقلع، وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس والبناء لتملكها مع الأرض، فإذا قلعوا الغراس والبناء وجب تسوية الحفر من مال المفلس، فإن حدث في الأرض نقصٌ بالقلع وجب أرش النقص في ماله، ويضارب البائع به أو يقدم[5] على سائر

(١) في (ز): (فَ).
(٢) قوله: (به على نسبة القيمة) سقط من (ز).
(٣) في (ز): (قيمته أو يغرم).
(٤) في (ظ): (القطع).
(٥) في (ظ): (يقوم).

الديون؟ في «المهذب»[١] و«التهذيب»[٢]: أنه يقدم لأنه لتخليص ماله وإصلاحه.

وذكر الشيخ أبو حامد: أنه يضارب مع الغرماء، وإن قال المفلس: يقلع، وقال الغرماء: يأخذ القيمة من البائع لتملكه[٣] أو بالعكس أو[٤] وقع هذا الاختلاف بين الغرماء؛ قال القاضي ابن كج: يجاب من في قوله المصلحة، وإن امتنعوا جميعاً من القلع لم يجبروا عليه، لأنه حين بنى وغرس لم يكن متعدياً، وحينئذ ينظر: إن رجع على أن يتملك البناء والغراس مع الأرض بقيمتها أو يقلع ويغرم أرش النقص فله ذلك، لأن الضرر يندفع عن[٥] الجانبين بكل واحدٍ من الطريقين، والاختيار فيهما إليه وليس للمفلس والغرماء[٦] الامتناع من القبول، لأن مال المفلس معرَّض للبيع، فلا يختلف غرضهم بين أن يتملكه البائع أو يشتريه أجنبي.

ويخالف هذا ما إذا زرع المشتري الأرض وأفلس ورجع البائع في الأرض حيث لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة ولا من القلع وغرامة الأرش؛ لأن للزرع أمداً ينتظر يسهل انتظاره[٧] والغراس والبناء للتأبيد.

وإن أراد الرجوع في الأرض وحدها وإبقاء البناء والغراس للمفلس والغرماء، نقل المزني أن له الرجوع، وأنه قال في موضع آخر: لا يرجع. وللأصحاب طريقان:

---

(١) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٢٢).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٩٣).

(٣) في (ز) و(ظ): (ليتملكه).

(٤) في (ظ): (و).

(٥) في (ز) و(ظ): (من).

(٦) في (ز) و(ظ): (ولا للغرماء).

(٧) في (ز) و(ظ): (احتماله).

أصحهما ـ وبه قال المزني وابن سريج وأبو إسحاق ـ: أن في المسألة قولين[١]:

أحدهما ـ وهو اختيار المزني ـ: أن له أن يرجع[٢] كذلك، كما لو صبغ الثوب المشترى ثم أفلس يرجع البائع في الثوب ويكون المفلس شريكاً معه بالصبغ.

وأصحهما: المنع، لما فيه من الضرر. فإن الغراس بلا أرض والبناء بلا مقر ولا ممر ناقص القيمة، والرجوع إنما يثبت لدفع الضرر[٣] بخلاف مسألة الصبغ فإن الصبغ كالصفة التابعة للثوب.

والثاني: تنزيل النصين على حالين، وله طريقان عن القاضي أبي حامد في آخرين أنه[٤] قال: حيث يرجع، أراد ما إذا كانت الأرض كثيرة القيمة والبناء والغراس مستحقرين بالإضافة إليها. وحيث قال: لا يرجع، أراد ما إذا كانت الأرض مستحقرة بالإضافة إليهما والمعنى في الطريقين[٥]: اتباع الأقل الأكثر.

ومنهم من قال: حيث قال: يرجع، أراد: ما إذا رجع في البياض المتخلل بين الأبنية والأشجار، وضارب للباقي بقسطه من الثمن، فيمكن منه، لأنه ترك بعض حقه في العين.

فإذا فرعنا على طريقة القولين؛ فإن قلنا: ليس له الرجوع في الأرض وإبقاء البناء والغراس للمفلس فالبائع يترك الرجوع ويضارب مع الغرماء بالثمن أو يعود إلى بدل

(١) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٢٢).
(٢) سقط من (ط الفكر) و(ز).
(٣) في (ز): (الضرر فلا يدفع ضرر بإضرار ويخالف).
(٤) في (ز) و(ظ): (أنه حيث).
(٥) في (ز): «الطرفين». (م ع).

قيمتها أو قلعها مع[١] غرامة أرش النقص، وإن مكناه[٢] منه فوافق البائع الغرماء وباع الأرض منهم حتى باعوا[٣] البناء والغراس فذاك، وطريقة التوزيع ما بيناه في الرهن.

وإن أبى؛ فهل يجبر[٤]؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما في الصبغ.

وأصحهما: لا. لأن إفراد البناء والغراس بالبيع مُتَأَتٍّ[٥] بخلاف الصبغ[٦]. وإذا لم يوافقهم فباعوا البناء والغراس بقي للبائع ولايةُ التملك بالقيمة والقلع مع غرامة الأرش، وللمشتري الخيار في البيع، إن كان جاهلاً بحال ما اشتراه. ذكره الصيدلاني وغيره. هذه طريقة الجمهور[٧].

وأما الإمام: فإن محصول ما ذكره[٨] في المسألة أربعةُ أقوالٍ:

أحدها: أنه فاقد عين ماله ولا رجوع بحال، لأن الرجوع في الأرض ينقص قيمة البناء والغراس.

والثاني: أن الأرض والبناء يباعان معاً دفعاً للخسران عن المفلس كما يفعل بالثوب المصبوغ.

---

(١) في (ز) و(ظ): (و).

(٢) في (ظ): (فيه).

(٣) في (ظ) و(ز): (الأرض معهم حين باعوا).

(٤) في (ط الفكر) و(ظ): (يخير).

(٥) في (ظ): (ممكن).

(٦) في (ظ): (البيع).

(٧) وطرق الجماهير، هي الصواب المعتمد عند النووي في «الروضة» (٤/ ١٦٨).

(٨) في (ز) و(ظ): (نَقَلَهُ).

والثالث: أنه يرجع في الأرض ويتخير بين ثلاث خصال: تملك البناء والغراس بالقيمة، أو[1] قلعهما مع غرامة أرش النقصان، أو[2] إبقاؤهما بأجرة المثل يأخذها[3] من مالكيهما[4]. وإذا عين واحدة من هذه الخصال فاختار المفلس والغرماء غيرها أو امتنعوا من الكل، فوجهان في أنه يرجع إلى الأرض ويقلع مجاناً أو يجبرون على ما عينه.

والرابع ـ حكاية عن رواية العراقيين ـ: أنه إن كانت قيمة البناء أكثر فالبائع فاقد عين ماله، وإن كانت قيمة الأرض أكثر فواجد. وتابعه صاحب الكتاب وغيره من أصحابه، واقتصروا على الأقوال الثلاثة الأول[5].

وأنت إذا تأملت هذا الكلام بعد وقوفك على المذهب المعتمد وتصفحك عن كتب علمائنا، ورأيت ما بينهما من المخالفة الصريحة[6] قضيت منه العجب، وقلت: «ليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال؟»، ثم حفظت لسانك استعمالاً للأدب، والله أعلم وبه التوفيق.

فرع:

اشترى الأرض من رجلٍ والغراس من آخر وغرسها فيها ثم أفلس؛ فلكل واحد منهما الرجوع إلى عين ماله، ثم إذا رجعا فإن أراد صاحب الغراس القلع[7]

---

(١) في (ظ) و(ز): (و).

(٢) في (ظ) و(ز): (و).

(٣) في (ظ): (يأخذهما).

(٤) في (ز): (مالكها).

(٥) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٣١).

(٦) في (ز) و(ظ): (المفرطة).

(٧) في (ط الفكر): (البيع).

مُكِّن منه وعليه تسوية الحفر وأرش نقص الأرض إن نقصت. وإن أراده صاحب الأرض فكذلك إن ضمن أرش النقص، وإلّا فوجهان:

أحدهما: المنع، لأنه غرس بحق فلا يقلع من غير غرامة، كما لو كان للمفلس.

والثاني: الجواز، لأنه باع الغراس مقلوعاً فيأخذه[1] كذلك. والله أعلم.

* * *

(١) في (ط الفكر): (فيأخذها).

قال:

(فإن لم تقبلِ الزِّيادة التّمييز؛ كما لو خلطَ مكيلةَ زيتٍ بمكيلةٍ من جنسِه أو أردأَ منه، رَجَعَ (و) البائعُ إلى مكيلةٍ واحدة. وإن خُلِطَ بأجودَ منه[1]، فهو فاقدٌ، على قول. ويباع؛ على قول، ويُوزَّعُ على نسبةِ القيمة. وعلى قولٍ: يقسَّمُ المكيلُ[2] على نسبةِ القيمة. والفرقُ بينَه وبيَن الأردأ: أن ما حصلَ من نُقصانِ الصِّفةِ يمكنُ أن يجعلَ عيباً في حقِّ البائع، فيقالُ له: إما أن تَقنعَ بالمبيع بعيبٍ[3] أو تضاربَ به[4]. وتَضييعُ جانبِ المشتري لا وجهَ له، هذا هو النَّصّ. ونُقِلَ عن ابنِ سريجٍ التَّسوية).

الضرب الثاني: ألا تكون الزيادة قابلة للتمييز كخلط ذوات الأمثال بعضها ببعض، فإذا اشترى صاع حنطةٍ، وخلطه بصاع حنطة، أو مكيلة زيت، وخلطه بمكيلة زيت، ثم أفلس؛ نظِر: إن كان المخلوط به مثل المبيع فللبائع الفسخ. وتملك مكيلته من المخلوط وطلب القسمة. فإنْ طَلَبَ البيع فهل يجاب إليه؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، كما لا يتمكن الشركاء من أن يطالب بعضهم بعضاً بالبيع.

والثاني: نعم، لأنه بالقسمة لا يصل إلى عين حقه، وبالبيع يصل إلى بدل حقه، وقد يكون له غرض فيه فيباع الكل ويصرف نصف الثمن إليه.

وإن كان المخلوط به[5] أردأ من المبيع فله الفسخ والرجوع إلى حقه من المخلوط

---

(١) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ز): (المكيلات).

(٣) سقط من (ز).

(٤) سقط من (ط الفكر).

(٥) سقط من (ط الفكر).

أيضاً، ولكن[١] في كيفيته وجهان، نقلهما العراقيون، وتابعهم صاحب «التهذيب»[٢].

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أن المكيلتين تباعان ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين. لأنه إن أخذ مكيلة منه نقص حقه. وإن أخذ أكثر من مكيلة لزم الربا[٣]. فعلى هذا، لو كان المبيع يساوي درهمين والمخلوط به درهماً قسم الثمن بينهما أثلاثاً.

وأصحهما: أنه ليس له إلّا أخذ مكيلة منه أو[٤] المضاربة مع الغرماء بالثمن[٥] لأنه نقصان حصل في المبيع، فأشبه تعيب العبد والثوب.

وإن كان المخلوط به أجود منه فقولان:

أحدهما ـ وهو اختيار المزني ـ: أن له الفسخ والرجوع إلى حقه من الـمخلوط كالخلط[٦] بالمثل والأردأ. وأيضاً: فإنه لو اشترى ثوباً وصبغه أو سويقاً فلَتَّه[٧] لا ينقطع حق الرجوع فكذلك هاهنا.

وأصحهما: أنه لا رجوع وليس له إلّا المضاربة بالثمن؛ لأن الرجوع إلى عين المبيع متعذر هاهنا حقيقة وحكماً. أما حقيقة، فللاختلاط، وأما حكماً، فلأنَّ في هذا الخلط لا يمكن المطالبة[٨] بالقسمة بأخذ[٩] مكيلة من المخلوط، لما فيه من الإضرار

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٩٧).

(٣) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٢٣).

(٤) في (ط الفكر): (و).

(٥) سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ظ): (كالحنطة).

(٧) لَتَّ السويقَ لَتّـاً، من باب قتل: بَلَّهُ بشيءٍ من الماء وهو أخَفُّ من البَسّ. «المصباح المنير»، مادة: لتت.

(٨) في (ط الفكر): (من المطالبة).

(٩) في (ز): (وأخذ).

بصاحب الأجود، بخلاف ما إذا كان الخلط بالمثل والأردأ. فإن المطالبة بالقسمة جائزة[1] والمأخوذ بمثابة الأول حكمًا.

قال الشافعي رضي الله عنه في تقرير هذا القول: ولا يشبه ـ يعني: ما نحن فيه ـ الثوب يصبغ ولا السويق يلت، لأن عين[2] ماله فيه زيادة، والذائب إذا اختلط انقلب حتى لا توجد عين ماله. ومعناه: أن الاختلاط إذا حصل لم تمكن الإشارة إلى شيء من المخلوط بأنه المبيع، فكأنه هلك بخلاف الثوب المصبوغ والسويق الملتوت.

ومن هذا الفرق خرَّج مخرِّجون في الخلط بالمثل والأردأ قولاً آخر: أنه ينقطع به حق الرجوع، وأيَّد ذلك بأن الحنطة المبيعة لو انهالَتْ عليها حنطةٌ أخرى قبل القبض ينفسخ العقد على قولٍ تنزيلاً له منزلة التلف. والأظهر: القطع بأن الخلط بالمثل والأردأ لا يمنع الرجوع على ما سبق، ويفارق اختلاط المبيع قبل القبض لأن الملك غير مستقر فلا يبعد تأثره بها لا يتأثر به الملك المستقر.

وإذا فرَّعنا على الخلط بالأجود على قول الرجوع، ففي كيفيته قولان:

أصحهما: أنه يكون شريكاً مع المفلس بقدر قيمة مكيله، فيباع المكيلان وتقسم بينهما على قدر قيمتهما، وهذا كما أنه يثبت الشركة[3] في صبغ الثوب.

والثاني ـ عن رواية الربيع والبويطي ـ: أن نفس المكيلتين تقسم بينهما باعتبار القيمة، فإذا كانت المكيلة المبيعة تساوي درهماً، والمخلوط بهما[4] يساوي[5] درهمين،

---

(١) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ز) و(ظ): (ذا عين).

(٣) في (ط الفكر): (كما)، ومن قوله: (مع المفلس) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) في (ز) و(ظ): (بها).

(٥) سقط من (ط الفكر) و(ز).

أخذ من المكيلتين ثلثي مكيلة. وربما يُخرَّج هذا الخلاف على أن القسمة بيع أو إفراز حق[١]. إن قلنا بالأول لم[٢] يقسم عين الزيت، لما في هذه القسمة من مقابلة مكيلة بثلثي مكيلة، وإن قلنا بالثاني فيجوز، وكأنه أخذ بعض حقه وترك بعضه.

ومن الأصحاب من ينقل بدل القولين الآخرين[٣] وجهين، وينسب الأول إلى أبي إسحاق.

وإذا ترك الترتيب والتنزيل حصل في[٤] الخلط بالأجود ثلاثة أقوال كما ذكر في الكتاب:

أصحها: أنه فاقد عين ماله.

والثاني: أنه يرجع، فيباع الكل ويوزع على نسبة القيمتين[٥].

والثالث: أنه تُقسَمُ المكيلتان على نسبة القيمتين[٦].

وأما قوله: (ونقل عن ابن سريج التسوية)، بين الخلط بالأجود والأردأ، فالسابق إلى الفهم من ظاهره التسوية في طرد الأقوال الثلاثة، وليس المراد ذلك، وإنما المراد التسوية في طرد القولين الآخرين حتى يقول: إذا ساوى المبيع درهمين والمخلوط به درهماً يباعان في[٧] قول، ويكون ثلثا الثمن للبائع، والثلث للمفلس.

---

(١) سقط من (ز).

(٢) سقط: (لم) من (ظ).

(٣) سقط من (ظ).

(٤) سقط من (ظ).

(٥) في (ز): (الثمن).

(٦) في (ز) و(ظ): (القيمة).

(٧) في (ط الفكر): (على).

وفي قولٍ: يقسم عين المخلوط فيصرف ثلثاه إلى البائع والثلث إلى المفلس.

والأول هو الذي قدمنا حكايته عن أبي إسحاق[١]، ولا أقول: إن القول[٢] بكونه فاقداً عين ماله لا مجال له في الخلط بالأردأ، وكيف؟ وقد قدمنا أن بعضهم خرجه فيه[٣]، ولكن لا تعلق له بابن سريج، والمنقول عنه في «النهاية» و«الوسيط»[٤] ما بيناه.

والفرق بين طرف الأجود حيث نظرنا فيه إلى الفسخ[٥]، وبين طرف الأردأ حيث ألزمناه القناعة بمكيلة من المخلوط على ظاهر المذهب واضحٌ[٦] في[٧] الكتاب.

ونختم المسألة بذكر شيئين:

أحدهما: قال الإمام: إذا قلنا: الخلط يلحق المبيع بالمفقود، فلو كان أحد الخليطين كثيراً، والآخر قليلاً لا تظهر به زيادة في الحس، ويقع[٨] مثله بين الكيلتين. فإن كان الكثير للبائع فالوجه القطع بكونه واجداً عين ماله، وإن كان الكثير للمشتري فالظاهر كـونه فاقـداً[٩].

---

(١) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٢٣).

(٢) في (ز): (للقول).

(٣) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٤) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٣١).

(٥) في (ز) و(ظ): (القيمة).

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (وأصح).

(٧) سقط: (في) من (ز).

(٨) في (ط الفكر): (ويبيع).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٥٨).

الثاني: لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع كالزيت والسيرج فلا فسخ، وهو بمثابة ما لو تلف المبيع. قال الإمام: وفيه احتمال سيما على قولنا ببيع المخلوط وقسمة الثمن[1]. والله أعلم.

قال:

(وإن كانتِ الزِّيادةُ عيناً من وجهٍ ووَصفاً من وجه؛ كما لو صَبغَ الثوب، فإن لم تَزِد قيمتُه فلا أثرَ له، وإن زادت فالمشتري شريكٌ (ح) بذلكَ القدر الذي زاد (و)، إلّا إذا كانتِ الزِّيادةُ أكثرَ من قيمةِ الصَّبغ، فالزيادةُ على قيمةِ الصَّبغِ صفةٌ محضة، وفي الصِّفةِ المحضةِ في طحنِ الحنطةِ ورياضةِ الدّابّـةِ وقصارةِ الثَّوبِ وكلِّ ما يستأجرُ على تحصيلِه قولان: أحدهما: أنه يُسلَّم للبائع؛ فهو كالزِّيادةِ المتَّصلةِ من السِّمنِ وغيرِه. والثاني: أنها كالصَّبغ؛ لأنها عَملٌ محترمٌ متقوَّم، بخلافِ ما لو صَدَرَ من الغاصب، فإنه عدوانٌ محض، فعلى هذا: للأجير حقُّ الحبس، ولو تَلِفَ الثَّوبُ في يدِ القصَّارِ سقطَت أجرتُه).

هذا الفصل يشتمل على القسمين الباقيين من أقسام النوع الثاني من الزيادات. وتقديم المؤخر منهما في لفظ الكتاب أليقُ بالشرح، فنقدمه ونقول[2]:

القسم الثاني: الصفة المحضة، فإذا اشترى حنطةً فطحنها أو ثوباً فقصره أو خاطه بخيوط من نفس الثوب، ثم أفلس، فللبائع الرجوع إلى عين ماله، ثم ينظر:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٥٧).

(٢) سقط من (ظ).

إن لم تزد قيمته فلا شركة للمفلس فيه. وإن نقصت قيمته فلا شيء للبائع معه، وإن زادت فقولان:

أحدهما ـ واختاره المزني ـ: أن الزيادة بهذه الأعمال تجري مجرى الآثار ولا شركة للمفلس فيها؛ لأنها صفات تابعة حصلت بفعله، فهي كسِمَن الدابة بالعلف وكبر الودي بالسقي والتعهد، وأيضاً فإن القصارة تُزيل الوسخ وتكشف عما فيه من البياض، فلا تقتضي الشركة. كما لو كان المبيع لوزاً فكسره وكشف اللب وزادت به القيمة.

وأصحهما: أنها[1] تجري مجرى الأعيان، ويصير المفلس شريكاً فيها[2]، لأنها زيادة حصلت بفعل متقوّم محترم، فوجب ألا يضيع عمله[3]، ويخالف الغاصب؛ لأن فعله غير محترم، ويخالف سمن الدابة بالعلف وكبر الودي بالسقي؛ لأن القصار إذا عمل عمله صار الثوب مقصوراً لا محالة، والسقي والعلف يوجدان كثيراً ولا يحصل السمن والكبر، فكان الأثر فيه غير منسوب إلى فعله، بل هو محض صنع الله عز وجل، ولهذا لا يجوز الاستئجار على تسمين الدابة وتكبير الودي، ويجوز الاستئجار على القصارة.

ويجري القولان فيما لو اشترى دقيقاً فخبزه، أو لحماً فشواه، أو شاة فذبحها، أو أرضاً فضرب من تربتها لبناً، أو عَرْصةً وآلات البناء فبنى بها داراً ثم أفلس.

وعن أبي إسحاق: أن تعليم العبد القرآن والحرفة والكتابة والشعر المباح ورياضة الدابة، لا تلحق بها ولا تجري بها مجرى الأعيان قطعاً، لأنه ليس بيد المعلم، ولا الرائض[4] إلّا التعليم، وقد يجتهد فيه ولا يحصل الغرض، فكان كالتسمين

---

(١) في (ظ): (أنهما).

(٢) في (ز): (فيها كالزيادات الحاصلة بالأعيان).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (عليه).

(٤) هو من وطَّأَ الدابة أو علمها السير، «لسان العرب»، مادة: روض.

ونحوه[١]، وحكي هذا عن ابن أبي هريرة وابن القطان أيضاً.

والأصح ـ وبه قال ابن سريج وصاحب «التلخيص» والقاضي أبو حامد ـ: أنها من صور القولين؛ لأنها أعمال يجوز الاستئجار عليها ومقابلتها بالعوض.

وضبط صور القولين: أنه يصنع بالمبيع ما[٢] يجوز الاستئجار عليه فيظهر به أثر فيه، وإنما اعتبرنا ظهور الأثر فيه، لأن حفظ الدابة وسياستها عَمَلٌ يجوز الاستئجار عليه، ولا تثبت به الشركة، لأنه لا يظهر بسببه أثرٌ على الدابة[٣]، ثم الأثر تارة يكون صفة محسوسة كالطحن والقصارة، وتارة يكون من قبيل الأخلاق كالتعليم والرياضة.

إذا عرفت القولين ومحلهما، فإن قلنا بالأول[٤]: أخذ البائع المبيع وفاز بزيادته، وإن قلنا بالثاني[٥] فيباع ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد في قيمته، مثاله: قيمة الثوب خمسة، وبلغت بالقصارة ستة، يكون للمفلس سدس الثمن. فلو ارتفعت القيمة بالسوق أو انخفضت فالزيادة أو النقصان[٦] بينهما على قدر[٧] هذه النسبة، ولو ارتفعت قيمة الثوب دون القصارة بأن صار مثل ذلك الثوب لا يؤخذ[٨] غير مقصور إلاّ بستة، ويشترى مقصوراً بسبعة، فليس للمفلس إلّا سبع الثمن، والزيادة حصلت في الثوب،

---

(١) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٢١).
(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (ما لا).
(٣) في (ظ): (بسببه على أثر الدابة).
(٤) أي: بالأثر.
(٥) أي: بالعين.
(٦) في (ط الفكر): (والنقصان).
(٧) سقط من (ز) و(ظ).
(٨) في (ظ) و(ز): (لا يُوجَدُ).

ولو زادت قيمة القصارة دون[١] الثوب بأن كان مثل هذا الثوب يساوي[٢] مقصوراً سبعة ويؤخذ غير مقصور بخمسة، فللمفلس سبعان من الثمن، وعلى هذا القياس.

ويجوز للبائع أن يمسك المبيع ويمنع من بيعه، ويبذل للمفلس ما زاد بسبب الأعمال، كذا نقل صاحب «التهذيب» وغيره[٣]، كما أنه يبذل قيمة الغراس والبناء، ومنع في[٤] «التتمة» منه، لأن الصفة[٥] لا تقابل بعوض[٦].

وأما قوله: (فعلى هذا فللأجير حق الحبس...) إلى آخره، فهو إشارة إلى فرعين لا تعلق لهما بالمفلس:

أحدهما: إذا استأجر[٧] للقصارة أو الطحن فعمل الأجير عمله، هل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الأجرة؟ فإن قلنا: القصارة وما في معناها آثار فلا، وإن قلنا: إنها أعيان فنعم، كما أن البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن. وهذا ما اختاره[٨] الأكثرون[٩]، واحتجوا به للقول الثاني موهمين كونه مجزوماً به.

---

(١) في (ز): (في دون).

(٢) في الأصل و(ز): (يشتري).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٩٤).

(٤) في (ظ): (من).

(٥) في (ز): (الصنعة).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ١٧١): «قلت: الأصح: نقل صاحب «التهذيب»، وبه قال صاحبا «الشامل» و«البيان». وقال صاحب «الحاوي»: ولا يسلم هذا الثوب إلى البائع ولا المفلس ولا الغرماء. بل يوضع عند عدل حتى يباع كالجارية الحامل. والله أعلم».

(٧) أي: المفلس أو غيره. وفي (ز): (استأجره).

(٨) في (ز): «هذا ما أجاب به». (م ع).

(٩) قال في «الروضة» (٤/ ١٧١): «قلت: هكذا أطلق المسألة كثيرون أو الأكثرون. ونص الشافعي في «الأم» والشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهم على أنه ليس للأجير حبسه، ولا لصاحب الثوب أخذه، =

والثاني: إذا تمم القصار والطحان العمل، وتلف محلُّ العمل في يده، فإن قلنا بالأول استحق الأجرة، وكأنه وقع مسلماً بالفراغ، وإن قلنا بالثاني لم يستحق، لأنه تلف قبل التسليم كما يسقط الثمن بتلف المبيع في يد البائع. وهذا الفرع قد أعاده في الكتاب في باب الإجارة.

القسم الثالث: ما هو عين من وجه، وصفة من وجه، كصبغ الثوب، ولَتِّ السويق وما أشبهها. فإذا اشترى ثوباً وصبغه ثم أفلس، نظر: إن لم تزد القيمة بالصبغ أو نقصت فالحكم على ما مر في القسم الثاني، وإن زادت فإما أن تزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقل أو كثر.

الحالة الأولى: أن يزيد بقدر قيمة الصبغ[1]: كما إذا كان الثوب يساوي أربعة والصبغ درهمين وكانت قيمته مصبوغاً ستة، فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب، ويكون المفلس شريكاً بالصبغ، فيباع[2] ويكون الثمن بينهما أثلاثاً.

وكيف تنزل الشركة بينهما؟ أنقول: كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس؟ كما لو غرس الأرض؟ أو نقول: يشتركان فيهما جميعاً بالأثلاث، لتعذر التمييز، كما في خلط الزيت؟ حكى صاحب «التهذيب» فيه وجهين[3].

الحالة الثانية: أن تكون الزيادة أقل من قيمة الصبغ، كما إذا كانت قيمته مصبوغاً خمسة، فالنقصان يحال على الصبغ، لأنه هالكٌ في الثوب، والثوب قائم

= بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الأجرة أو يباع لهما. هذا الذي قالوه ليس مخالفاً لما سبق، فإن جعله عند العدل حبس، لكن ظاهر كلام الأكثرين أن الأجير يحبسه في يده. والله أعلم».

(١) من قوله: (أو أقل) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٢) سقط من (ز).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٩٤).

بحاله، فإذا بيع قسم[١] الثمن بينهما أخماساً، أربعة أخماسه للبائع، وخمسه للمفلس.

الحالة الثالثة: أن تكون الزيادة أكثر من قيمة الصبغ، كما إذا كانت قيمته مصبوغاً مئة[٢] فما زاد على قيمتهما إنما زاد بصنعة الصبغ، فيبنى على أن القصارة ونحوها من الأعمال آثار أم أعيان؟

إن قلنا: إنها[٣] أعيان فالزيادة مع الصبغ للمفلس، وذلك مثل قيمة الثوب فيجعل الثمن بينهما نصفين.

وإن قلنا: إنها آثار، فقد حكى الإمام أن الشيخ أبا علي ذكر في «الشرح» أن البائع يفوز بها على ما هو سبيل الزيادات المتصلة، وحينئذ يكون الثمن بينهما أرباعاً، ثلاثة أرباع للبائع، والرابع[٤] للمفلس[٥]، قال: وكنت أَوَدُّ أن نقص أثر الصنعة[٦] على الثوب والصبغ حتى يجعل الثمن بينهما أثلاثاً، فيكون ثلثاه للبائع والثلث للمفلس؛ لأن الصنعة[٧] اتصلت بالثوب والصبغ جميعاً.

وهذا الذي قلناه[٨] هو الذي أورده الشيخ في «شرح الفروع»، وصاحب «التهذيب»[٩]، والأكثرون.

---

(١) في (ظ): (فيكون).

(٢) في (ز) و(ظ): (ثمانية).

(٣) أي: الصنعة.

(٤) في (ظ): (والربع).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٢٤).

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (الصفة).

(٧) في (ط الفكر): (الصفة).

(٨) في (ظ) و(ز): (تمناه).

(٩) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٩٥).

وفي كتاب القاضي ابن كج: نقل الوجهين معاً.

ولو ارتفعت القيمة بعد الصبغ، فبلغت ستة عشر مثلاً أو وجد من[١] اشتراه بهذا المبلغ، ففي كيفية القسمة هذه الوجوه الثلاثة، والربح بكل حال يقسم بحسب قسمة الأصل، وإذا عرف القدر الذي يستحقه المفلس من الثمن، فإن شاء البائع تسلمه ليخلص له الثوب مصبوغاً فله ذلك.

ومنع صاحب «التتمة» منه كما ذكرنا[٢] في القسم الثاني.

هذا كله في ما إذا صبغ الثوب المشترى بصبغ من عنده.

أما إذا اشترى ثوباً وصبغاً من إنسان وصبغه به ثم أفلس فللبائع فسخ البيع والرجوع إليهما، إلّا أن تكون القيمة بعد الصبغ كقيمة الثوب وحدها[٣] قبل الصبغ أو دونها فيكون فاقداً للصبغ، وإن زادت القيمة بأن كانت قيمة الثوب أربعةً وقيمة الصبغ درهمين، والثوب مصبوغاً يساوي ثمانية، فعلى الخلاف في أن الصناعات[٤] آثار أم أعيان؟ إن قلنا بالأول أخذهما ولا شركة[٥] للمفلس، وإن قلنا بالثاني فالمفلس شريك بالربع.

ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته، والصبغ من آخر بدرهمين، وهما قيمته، وصبغه به، وأراد البائعان الرجوع؛ فإن كان الثوب مصبوغاً لا يساوي أكثر من أربعة فصاحب الصبغ فاقد ماله، وصاحب الثوب واجدٌ ماله بكماله إن لم ينقص عن أربعة، وناقصاً إن[٦] نقص، وإن كان يساوي أكثر من أربعة فصاحب

---

(١) في (ز) و(ظ): (زبون).

(٢) في (ز): (ذكر).

(٣) سقط من (ظ)، وفي (ط الفكر): (بعدها).

(٤) في (ط الفكر): (الصباغات).

(٥) أي: ولا شيء.

(٦) قوله: «وناقصاً إن» أثبتناه من (ز)، وهو ثابت في «روضة الطالبين» (٤: ١٧٣)، ولا بُدَّ منه. (م ع).

الصبغ أيضاً واجد لماله إن بلغت الزيادة درهمين[١] وناقصاً إن لم يبلغ، وإن كانت قيمته بعد الصبغ ثمانية، فإن قلنا: إن الأعمال آثارٌ؛ فالشركة بين البائعين، كما هي بين البائع والمفلس إذا صبغه بصبغ نفسه تفريعاً على هذا القول، وإن قلنا: أعيانٌ، فنصف الثمن لبائع الثوب، وربعه لبائع الصبغ، وربعه للمفلس.

ولو اشترى صبغاً وصبغ به ثوباً كان له، فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغاً على ما كانت قبل الصبغ، وإلّا فهو فاقد، وإذا رجع فالقول في الشركة بينهما[٢]، على ما مر.

واعلم أن جميع ما ذكرناه في القسمين مفروض في ما إذا باشر المفلس القصارة والصبغ وما في معناهما[٣] بنفسه أو استأجر لهما[٤] أجيراً ووفاه الأجرة قبل التفليس، أما إذا حصلها بأجيرٍ ولم يوفه أجرته، فسنذكر حكمه في الفصل الذي يلي هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

فرع[٥]:

حكم صبغ الثوب المشتري وفلس ورجع البائع وأراد قلع الصبغ عند الإمكان

---

(١) من قوله: (نقص وإن) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٧٣): «قلت: وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبغ فوجهان: أصحهما ـ وهو قول أكثر الأصحاب على ما حكاه صاحب «البيان» ـ: أنه إن شاء قنع به ولا شيء له غيره. وإن شاء ضارب بالجميع.
والثاني: له أخذه والمضاربة بالباقي. وبهذا قطع في «المهذب» و«الشامل» و«العدة» وغيرها. والله أعلم».

(٣) في (ط الفكر): (معناه).

(٤) في (ظ): (لها)، وسقط من (ط الفكر).

(٥) سقط من (ز).

وأن يغرم للمفلس أرش النقصان؛ قال في «التتمة»[١]: له ذلك[٢] كما في البناء والغراس، ولو قال المفلس والغرماء: نقلعه[٣] ونغرم نقصان الثوب؛ قال القاضي ابن كج: لهم ذلك.

وقوله في الكتاب عند ذكر الصبغ: (وإن زاد فالمشتري شريك بذلك القدر الذي زاد)، يجوز إعلامه بالواو، لأن محل القطع بالشركة ما إذا كان الصبغ مما يمكن فيه التمييز[٤] والاستخلاص.

أما إذا لم يمكن فيه التمييز وصار مستهلكاً، فعن القاضي أبي حامد وجه: أنه ينزل منزلة القصارة والطحن حتى يكون للبائع تبعاً للثوب على أحد القولين[٥][٦]، والله أعلم.

قال:

(ولو كانت قيمةُ الثَّوبِ عشرةً وقيمةُ القِصارةِ خمسةً، والأجرةُ درهم، وأفلسَ قبلَ توفيةِ الأُجرة، فيقدَّمُ (و) الأجيرِ بدرهمٍ والبائعُ بعشرةٍ، وأربعةٌ للغرماء. وإن كانت الأجرةُ خمسةً، وقيمةُ القصارةِ درهم، اختصَّ الأجيرُ بالدِّرهمِ الزّائد، وضاربَ بالأربعة[٧]. ولا يُقالُ (و) للأجير: اقنَع بما وجدتَه من القِصارة، أو: ضارِب بكلِّ الأجرة، فإن القِصارةَ وإن شُبِّهَت بالصَّبغ، فليسَت عيناً يمكنُ إيرادُ الفَسخِ عليها).

---

(١) أي: المتولي.

(٢) من قوله: (المشتري) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٣) سقط من (ظ).

(٤) أي: تمييز الصبغ من الثوب.

(٥) أي: في أنه عين أم أثر.

(٦) قوله: (على أحد القولين) سقط من (ز).

(٧) في (ز): (مع الغرماء بأربعة).

إذا اشترى ثوباً واستأجر قصَّاراً فقصَره ولم يوفِهِ أجرته حتى أفلس، فإن قلنا: القصارة أثر، فليس للأجير إلا[1] المضاربة بالأجرة مع الغرماء، وللبائع الرجوع في الثوب المقصور، ولا شيء عليه لما زاد.

وعن صاحب «التلخيص»: أن عليه أجرة القصارة، وكأنه استأجره، وغلطه الأصحاب فيه.

وإن قلنا: إنها عين، نظر: إن لم تَزِدْ قيمته مقصوراً على ما كان قبل القصارة، فهو فاقد عين ماله، وإن زادت فلكل واحد من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فإن كانت قيمة الثوب عشرة والأجرة درهماً، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر؛ رجعا[2] وبيع بخمسة عشر، و[3] صرف منها عشرة إلى البائع ودرهم إلى الأجير، والباقي للغرماء.

ولو كانت الأجرة خمسة دراهم، والثوب بعد القصارة يساوي أحد عشر، فإن فسخ الأجير الإجارة فعشرة للبائع ودرهم للأجير، ويضارب مع الغرماء بأربعة[4]، وإن لم يفسخ فعشرة للبائع ودرهم للمفلس ويضارب مع الغرماء بخمسة.

ولا يخفى من نظم الكتاب أن الجواب في الصورتين مقصور على قول العين وأنهما معطوفتان على قوله: (من قبل)، فعلى هذا للأجير حق الحبس[5] ولو تلف الثوب في يد القصار سقطت أجرته.

(١) سقط من (ز).
(٢) في (ز): (ورجعا).
(٣) سقطت الواو من (ز).
(٤) في (ز): (بأربعة دراهم).
(٥) في (ظ): (الفسخ).

وقوله: (ولا يقال للأجير) إلى آخره، إشارة إلى سؤال وجواب مشهورين في هذا المقام، أما السؤال: فهو أنا إذا جعلنا القصارة عيناً فزادت بفعله خمسة وجب أن يكون الكل له، كما لو زاد المبيع زيادةً متصلةً. وإن كانت أجرته خمسة ولم يحصل[١] بفعله إلّا درهم وجب ألا يكون له ذلك، لأن من وجد عين ماله ناقصةً ليس له إلّا القناعة بها أو المضاربة[٢] مع الغرماء.

والجواب: أنه لاشك في أن القصارة صفة تابعة للثوب، ولا نعني بقولنا: إن القصارة عين، أنها في الحقيقة تفرد بالبيع والأخذ والرد، كما يفعل بسائر الأعيان، ولو كان كذلك لجعلنا الغاصب شريكاً للمالك إذا قصر الثوب، كما جعلناه شريكاً له إذا صبغه. وإنما المراد أنها مشبهة بالأعيان من بعض الوجوه، لأن الزيادة الحاصلة فيها متقومة مقابلة بالعوض، فكما لا تضيع الأعيان على المفلس لا تضيع الأعمال عليه. وأما بالإضافة إلى الأجير فليست القصارة مورد الإجارة حتى يرجع إليها، بل مورد الإجارة فعله المحصل للقصارة، وذلك الفعل يستحيل الرجوع إليه، فيجعل الحاصل بفعله لاختصاصه به متعلق حقه كالمرهون في حق المرتهن، أو[٣] نقول: هي مملوكة للمفلس مرهونة بحق الأجير، ومعلوم أن الرهن إذا زادت قيمته على الدين لا يأخذ المرتهن منه إلّا قدر الدين، وإذا نقصت لا يتأدى به جميع الدين.

وأعلم قوله: (ولا يقال للأجير: اقنع)، بالواو، لأنه حكى في «الوسيط» أن بعض الأصحاب قضى بأنه ليس له إلّا القناعة بالقصارة أو المضاربة على ما هو قياس الأعيان[٤]، ولم أعثر على هذا النقل لغير المصنف.

---

(١) في (ظ): (ولم يحصله).

(٢) في (ط الفكر): (والمضاربة).

(٣) في (ز) و(ظ): (و).

(٤) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٣٤).

لكن ذكر القاضي أبو القاسم[١] ابن كج: أن أبا الحسين خرَّج وجهين في أنه لو قال الغرماء للقصار: «خذ أجرتك ودعنا نكن شركاء وصاحب هذا الثوب» ؛ هل يجبر عليه؟ وأن الأصح الإجبار، وهذا الأصح ينطبق على قولنا: إن القصارة مرهونة بحقه؛ إذ ليس للمرتهن التمسك بعين المرهون إذا أدى حقه.

ووجه الثاني:[٢] القياس على البائع إذا قدمه الغرماء بالثمن، فكأن هذا القائل يعطي القصارة حكم الأعيان من كل وجه.

ولو كانت قيمة الثوب المشترى عشرةً واستأجر صباغاً، فصبغه بصبغٍ قيمته درهم، وصارت قيمته مصبوغاً خمسة عشر، فالأربعة الزائدة على القيمتين حاصلةٌ بصفة[٣] الصبغ فيعود[٤] فيها[٥] القولان في أنها أثر أم عين؟ فإذا رجع كل واحد من البائع والصباغ إلى ماله، بيع بخمسة عشر وقسمت على أحد عشر، إن جعلناها أثراً فللبائع[٦] عشرة وللصباغ واحد. لأن الزيادة تابعة[٧] لماليها[٨] وهذا الأصح ينطبق على قولنا: إن القصارة مرهونة بحقه، إذ ليس للمرتهن التمسك بغير المرهون إذا أدى حقه بوجه طالبها[٩]، وإن جعلناها عيناً، عشرةٌ[١٠] منها للبائع، ودرهم للصباغ وأربعة للمفلس يأخذها الغرماء.

---

(١) قوله: (أبو القاسم) سقط من (ط الفكر).

(٢) من قوله: (الأصح ينطبق) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٣) في (هـ): «بصنعة». (م ع).

(٤) أي: فيجري.

(٥) في (ط الفكر): (فيه).

(٦) في (ز) و(ظ): (للبائع).

(٧) سقط من (ظ).

(٨) سقط من (ط الفكر).

(٩) من قوله: (وهذا الأصح) إلى هنا سقط من (ظ) و(ز).

(١٠) في (ز) و(ظ): (فعشرة).

ولو كانت المسألة بحالها وبيع بثلاثين لارتفاع السوق أو للظفر براغب:

قال ابن الحداد: للبائع عشرون وللصباغ درهمان وللمفلس ثمانية.

وقال غيره: يقسم الكل على أحد عشر، عشرة للبائع وواحد للصباغ ولا شيء للمشتري.

قال الشيخ أبو علي: الأول جواب على قولنا إنها عين؛ والثاني على أنها أثر.

وبمثله لو كانت قيمة الثوب عشرة واستأجر على قصارته بدرهم وصارت قيمته مقصوراً خمسة عشر، ثم اتفق بيعه بثلاثين؛ ذكر الشيخ أبو محمد والصيدلاني وغيرهما تفريعاً على قول العين: أنه يتضاعف حق كل واحد منهم، كما قاله ابن الحداد في الصبغ، واستدرك الإمام فقال: ينبغي أن يكون للبائع عشرون وللمفلس تسعة وللقصار درهم كما كان، ولا يُضعف[1] حقه لما مر أن القصارة غير مستحقة للقصار، وإنما هي مرهونة بحقه[2].

وقد أشار الشيخ أبو علي إلى مثل هذا المعنى في مسألة الصبغ، واعتذر عنه ابن الصباغ بأنه قال[3]: كأنه باع الصبغ بدرهم، فتوزع الزيادة على الصبغ والثوب، وهذا العذر وإن لم يكن واضحاً كل الوضوح، إذ ليس استئجار الصباغ مجرد شراء الصبغ فلا مساغ له في القصارة.

فإذاً الاستدراكُ الذي ذكره[4] الإمام فيه[5] فقيه. والله أعلم.

---

(١) في (ز): (ولا يضاعف).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٦٦).

(٣) قوله: (بأنه قال) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) في (ز): (استدركه)، وفي (ظ): (ذكر).

(٥) سقط من (ز) و(ظ).

فرع:

لو أخفى المديون بعض ماله، ونقص الظاهر[1] عن قدر الديون، فحجر الحاكم عليه، ورجع أصحاب الأمتعة إلى أمتعهم، وقسم الحاكم ما بقي بين الغرماء، ثم بَانَ صنيعُه[2]، لم ينقص شيء من ذلك، لأن للقاضي بيع أموال الممتنع وصرف الثمن إلى ديونه، والرجوع إلى عين المال بامتناع المشتري من[3] أداء الثمن فمختلف[4] فيه.

فإذا اتصل به حكم حاكم نفذ. قاله في «التتمة» وفيه توقف، لأن القاضي ربما لا يعتقد جواز الرجوع بالامتناع، فكيف يجعل حكمه بناءً على ظن آخر حكماً بالرجوع بالامتناع؟

فرع آخر:

من له الفسخ بالإفلاس لو ترك الفسخ على مال، لم يثبت المال، وهل يبطل حقه من الفسخ إن كان جاهلاً بجوازه؟ فيه وجهان كما سبق نظيرهما في[5] الرد بالعيب. وبالله التوفيق[6].



(١) أي: الموجود.

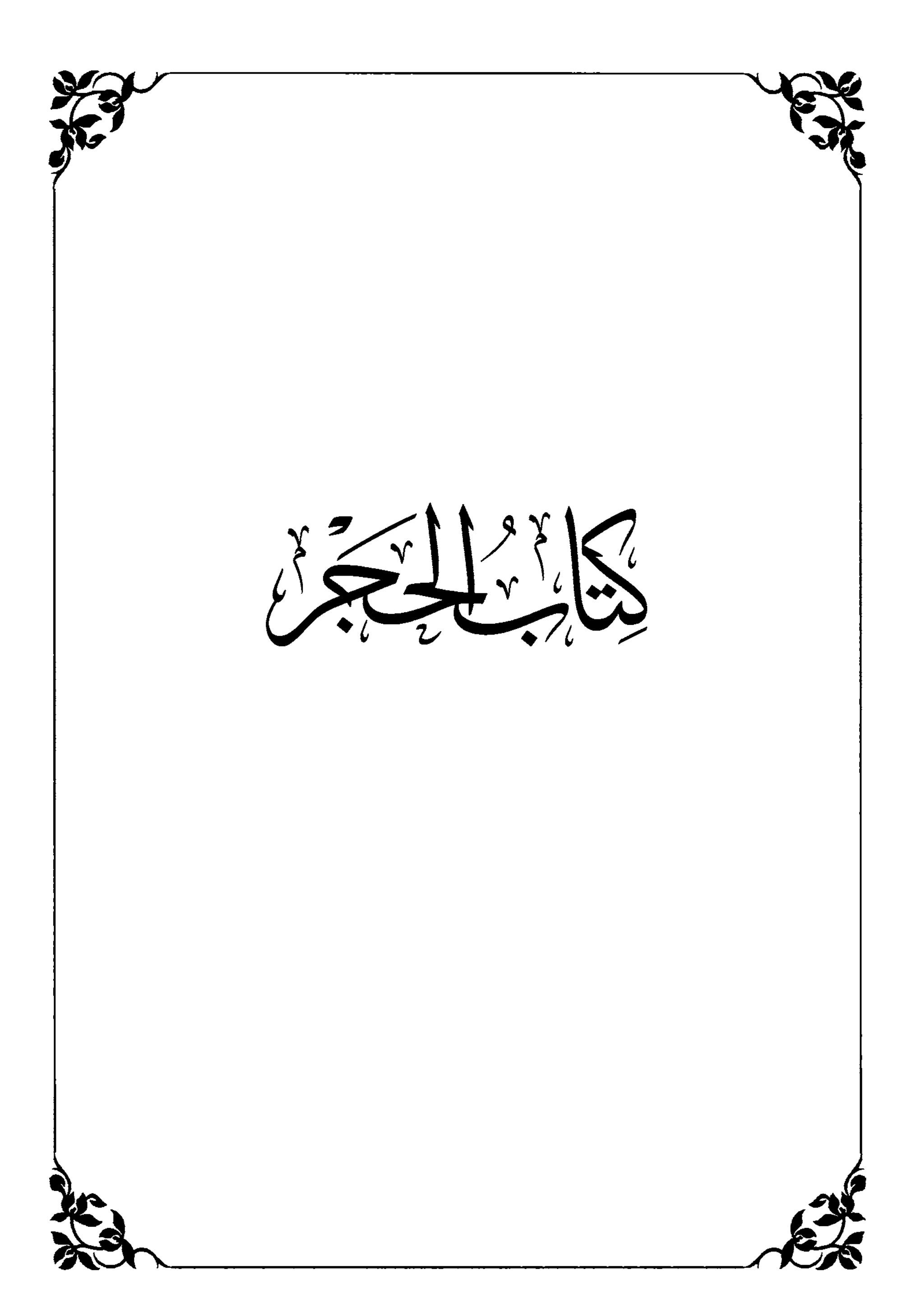
(٢) أي: إخفاءه.

(٣) في (ز): (و).

(٤) في (ز) و(ظ): (مختلف).

(٥) في (ز): (سبق نظيره من)، وفي (ظ): (سبق نظيره في).

(٦) في (ظ): (والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب، تم الجزء الخامس بحمد الله وعونه، يتلوه إن شاء الله تعالى في الجزء الذي يليه كتاب الحجر، ذلك في العشر الأوسط من شعبان المبارك سنة ثمان وعشرين وسبع مئة، غفر لصاحبه ولكاتبه العبد الفقير إلى ربه أحمد بن العماد بن إبراهيم بن سليمان الداري الخزرجي الخليلي، ولجميع المسلمين. صلى الله على سيدنا محمد نبيه وآله أجمعين إلى يوم الدين آمين).



كِتَابُ الحَجْرِ

قال رحمه الله[1]:

(كتاب الحجر[2])

أسبابُ الـحَجرِ خمسة: الصِّبا، والـرِّقّ، والجنون، والفَـلَس (ح)، والتَّبذير (ح). وحَجرُ الصَّبيِّ[3] ينقطعُ بالبلوغِ معَ الرَّشَد).

جرت العادة بذكر أصناف المحجورين هاهنا، وهو لائق بترجمة الباب، فإن الترجمة مطلق الحجر، وأحسن ترتيب فيه ما ساقه أصحابنا العراقيون ومن تابعهم. قالوا: الحجر على الإنسان نوعان، حجر شرع للغير، وحجر شرع لمصلحة نفسه.

والنوع الأول خمسة أضرب:

أحدها: حجر المفلس لحق الغرماء.

وثانيها: حجر الراهن لحق المرتهن.

وثالثها: حجر المريض لحق الورثة.

ورابعها: حجر العبد لحق السيد، والمكاتب لحق السيد وحق الله تعالى.

وخامسها: حجر المرتد لحق المسلمين.

وهذه الأضرب بأسرها خاصة لا تعم جميع التصرفات، بل يصح من هؤلاء المحجورين الإقرار بالعقوبات وكثير من التصرفات، ولها أبواب مفردة[4] مذكورة في مواضعها.

---

(١) في (ظ): (بسم الله الرحمن الرحيم اللهم عفواً يا كريم يا حكيم، كتاب....).

(٢) الحجر في اللغة: المنع. وفي الشرع: عبارة عن منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي كصغرٍ ورِقٍّ وجنون.

(٣) في (ز): (الصبا).

(٤) في (ط الفكر): (مفرقة).

والنوع الثاني ثلاثة أضراب:

أحدها: حجر المجنون، ويثبت بمجرد الجنون، ويرتفع بالإفاقة، وتنسلب به الولاياتُ واعتبارُ الأقوال رأساً[١]. ومن عامله أو أقرضه فتلف المال عنده أو أتلفه؛ فالمالك هو الذي ضيعه، ومادام باقياً يجوز له استرداده. قال في «التتمة»: ومن له أدنى تمييز ولم يكمل عقله فهو كالصبي المميز.

والثاني: حجر الصبي، والأصل إلغاء تصرفاته، وعباراته. ومنها ما يصح وفاقاً أو خلافاً كعبادته وإسلامه وإحرامه[٢] وتدبيره وعتقه[٣] ووصيته وإيصَالِه الهدية وإذنه في دخول[٤] الدار، فمنها ما مرَّ بيانُ حكمه، ومنها ما سيأتي.

والثالث: حجر السفيه المبذر.

والضرب الأول[٥] أعم من الثاني، والثاني أعم من الثالث، ومقصود الباب الكلام في هذه الأضرب الثلاثة، والثالث معظم المقصود.

والأصل فيها[٦] قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فالسفيه على ما قيل[٧]: المبذر. والضعيف: الصبي. والذي لا يستطيع أن يُمِلَّ: المغلوب على عقله. وقال تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] الآية.

---

(١) أي: كلها.
(٢) من قوله: (والثاني) إلى هنا سقط من (ظ).
(٣) سقط من (ظ).
(٤) في (ز): (دخوله).
(٥) سقط من (ظ).
(٦) في (ظ): (فيه).
(٧) قوله: (على ما قيل) سقط من (ظ).

وقد روي أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضاً سبخةً بثلاثين ألفاً، فبلغ ذلك علياً رضي الله عنه فعزم أن يسأل عثمان الحجر عليه، فجاء عبدُ الله بن جعفر إلى الزبير فذكر له ذلك، فقال الزبير رضي الله عنه: «أنا شريكك»، فلما سأل عليٌّ عثمانَ الحجر على عبد الله، قال عثمان: «كيف أحجر على من كان شريكه الزبير؟!»[1]، رضي الله عنهم.

قلت: دلت القصة على أنهم كانوا متفقين على جواز الحجر بالتبذير، وأنه كان مشهوراً فيما بينهم.

وقوله في الكتاب: (والفلس والتبذير)، معلمان بالحاء، أما الفلس[2]، فلما سبق في التفليس، وأما التبذير، فلأن عنده لا ينشأ الحجر على من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً. وإن بلغ مفسداً لماله لا يسلم المال إليه حتى يكمل خمساً وعشرين سنة، فحينئذ يسلم[3].

وقوله: (وحجر الصبي ينقطع بالبلوغ مع الرشد)، هكذا يطلقه مع بعض الأصحاب، ومنهم من يقول: حجر الصبي ينقطع بمجرد البلوغ، وليس ذلك خلافاً محققاً، بل من قال بالأول أراد الإطلاق الكلي، ومن قال بالثاني أراد الحجر المخصوص بالصبي، وهذا أولى؛ لأن الصبا سبب مستقل بالحجر، وكذلك التبذير، وأحكامهما[4] متغايرة.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٦١)، في الحجر، باب الحجر على البالغين بالسفه، من طريق الإمام أبي يوسف، ولم يذكر ما اشتراه ومقداره، ومن طريق الحاكم ذكر أن قيمة الأرض كانت ستمئة ألف درهم، وذكر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٣ - ٤٤) أن قيمتها كانت ستين ألف درهم نقلاً عن كتاب الأموال لأبي عبيد، ولفظ: (ثلاثين ألفاً) من خطأ النساخ.

(٢) أي: لا يقول أبو حنيفة بالحجر بالفلس كما في «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٢).

(٣) وهذا عن أبي حنيفة، وقال صاحباه رحمهم الله بالحجر عليه كمذهب الأئمة الثلاثة. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٣٩).

(٤) في (ز): (أحكامها).

ومن بلغ وهو مبذر فحُكْم تصرفه حكمُ تصرف السفيه لا حكمُ تصرف الصبي. والقول في أن الإطلاق الكلي متى يحصل إذا بلغ رشيداً أو سفيهاً؟ سيأتي من بعد إن شاء الله تعالى .

قال:

(والبلـوغُ باستكمالِ (و) خمسَ عشرةَ سنةً (ح م) للغلامِ والجارية، أو الاحتلام، أو الحيضِ للمرأة (ح)، أو نباتِ[1] (ح) العانةِ في حقِّ صبيانِ الكفّـار، فإنّه أمـارةٌ فيهم (و)؛ لعُسرِ الـوقوفِ على سنِّهم، وفي صبيانِ المسلمِينَ وجهان[2]).

للبلـوغ أسبـاب، منها ما يشتـرك فيه الرجال والنسـاء، ومنها ما يـختص بالنساء.

أما القسم الأول:

فمنه السن: فإذا استكمل المولود خمس عشرة[3] سنة قمرية فقد بلغ، روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «عرضت على رسول الله ﷺ في جيش يوم أحد[4] وأنا ابنُ أربع عشرة سنة فلم يقبلني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه من قابل عام

---

(١) في (ز): (إنبات).

(٢) ذكرت هذه الفقرة متصلة إلى الفقرة السابقة في أول الكتاب في نسخة (ز)، ثم كررت هنا مختصرة. ولكني فصلت هذه الفقرة وما قبلها ووضعت كل فقرة بأكملها قبل شرحها كما هو دأب الشارح رحمه الله في تنظيم كتابه.

(٣) سقط من (ظ).

(٤) قوله: (يوم أحد) سقط من (ظ).

الخندق[١] وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني ورآني بلغت»[٢].

وعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما لَهُ وما عليه، وأُقيمت عليه الحدود»[٣].

وفيه وجه: أن البلوغ يحصل بنفس الطعن في السنة الخامسة عشرة، وإن لم يستكملها، لأنه حينئذ يسمى ابن خمس عشرة سنة، والمذهب الأول، وهذا التوجيه ممنوع.

وقوله: (باستكمال خمس عشرة سنة)، لفظ: (الاستكمال)، معلم بالواو لهذا الوجه.

وقوله: (خمس عشرة سنة)، بالحاء والميم، أما الحاء فلأن عنده[٤] بلوغ الغلام

---

(١) قوله: (عام الخندق) سقط من (ظ).

(٢) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٥/ ٣٢٧)، برقم (٢٦٦٤)، في الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهاداتهم، ومسلم (٣/ ١٤٩٠)، برقم (١٨٦٨)، في الإمارة، باب بيان سن البلوغ، وكلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما، وأخرجه ابن حبان مع «الإحسان» (٧/ ١١١)، برقم (٤٧٠٧)، باب الخروج وكيفية الجهاد، عن ابن عمر قال: «عرِضتُ على النبي ﷺ يوم أُحد وأنا ابن أربع عشرة سنة ولم أحتلم فلم يقبلني. ثم عرِضتُ عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني»، وأخرجه أيضاً (٧/ ١١١) برقم (٤٧٠٨)، وفيه لفظة: «ولم يرني بلغت»، والبيهقي (٦/ ٥٥) في كتاب الحجر، باب البلوغ بالسن، وفي إحدى ألفاظه: «فاستصغرني فردّني مع الغلمان».

(٣) أخرجه البيهقي (٦/ ٥٧) في الحجر، باب البلوغ بالسن، بلا إسناد عن قتادة عن أنس مرفوعاً، وقال: إسناده لا يصح. وساق في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٢) مما رواه البيهقي في «الخلافيات» عن أنس بسند ضعيف أيضاً.

(٤) عند أبي حنيفة رحمه الله: يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام والإنزال أو الإحبال، وببلوغ الجارية بالحيض أو الاحتلام أو الحبل. فإن لم يوجد شيء من ذلك، فإذا تم له ثماني عشرة سنة ولها سبع عشرة سنة يحكم ببلوغه. وفي رواية عنه وعن صاحبيه: إذا تم خمس عشرة سنة فيهما يحكم ببلوغه.
انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٤).

بثماني عشرة سنة[١]، وفي الجارية روايتان: إحداهما: كذلك، والثانية: بسبع عشرة سنة.

وأما الميم فلأنه يروى[٢] عنه أن البلوغ لا يحصل بالسن، وإنما النظر فيه إلى الاحتلام.

والسبب الثاني: الاحتلام، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩]، وروي أنه ﷺ قال: «رُفع القلم عن ثلاثةٍ، عن الصبي حتى يحتلم...»[٣]، والحلم لا يتعلق بخصوص الاحتلام، بل هو منوط بمجرد خروج المني، ويدخل وقت إمكانه باستكمال سبع[٤] سنين، ولا عبرة بما ينفصل قبل ذلك.

وفيه وجهان آخران، ذكر[٥] الإمام كل واحد منهما في موضع من كتابه:

أحدهما: أنه يدخل بمضي ستة أشهر من السنة العاشرة.

والثاني: أنه يدخل بتمام العاشرة[٦].

---

(١) سقط من (ز).

(٢) يحكم ببلوغ الصبي بثماني عشرة سنة بتمامها عند مالك، وبالدخول في الثانية عشرة عند اللخمي. انظر: «جواهر الإكليل» (٢/ ٩٧)، و«الشرح الكبير» (٣/ ٢٩٣).

(٣) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٦/ ٢٢٩) برقم (٤٢٣٦)، في الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدّاً، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه النسائي، وابن ماجَهْ»، وأحمد في «المسند» (٦/ ١٠٠- ١٠١)، وكلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها، وفي مثال الصبي ورد بألفاظ متقاربة بعد: (حتى)، مثل: (يكبر، يبلغ، يشب، يحتلم، يدرك)، وصححه النووي في «المجموع» (٩/ ١٥٥).

(٤) في (ز): (تسع).

(٥) في (ظ): (ذكرهما).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١/ ٣١٤).

وهذه الوجوه كالوجوه في أقل[١] سن الحيض، لكن العاشرة هاهنا بمثابة العاشرة[٢] ثَم، لأن في النساء حدةً في الطبيعة وتسارعاً[٣] إلى الإدراك، وهكذا يكون النبات الضعيف بالإضافة إلى القوي، والاعتماد فيه على الوجدان بعد البحث كما في الحيض.

ولا فرق في إفادة خروج المني البلوغ بين الرجال والنساء كما في السن.

وفيه وجه: أنه[٤] لا يوجب بلوغهن؛ لأنه نادر فيهن ساقط العبرة، وعلى هذا قال الإمام: الذي يتجه عندي أن لا يلزمها الغسل، لأنه لو لزم لكان حكماً بأن الخارج مني[٥]، والجمع بين[٦] الحكم بأنه مني وبين الحكم بأنه لا يحصل به البلوغ متناقض.

ولك أن تقول: إن كان التناقض مأخوذاً من تعذر التكليف بالغسل مع القول بعدم البلوغ، فنحن لا نعني بلزوم الغسل سِوَى ما نَعنيه بلزوم الوضوء على الصبي إذا أحدث، فبالمعنى الذي أطلقنا ذلك ولا تكليف نطلق هذا، وإن كان غير ذلك فلا بد من بيانه[٧].

واعلم أنا إذا قلنا: إن خروج المني لا يوجب البلوغ في حق النساء، صارت أسباب البلوغ ثلاثةَ أقسامٍ: المشتركة بين الرجال والنساء، وما يختص بالرجال، وما يختص بالنساء[٨] وهو خروج المني. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (أول).

(٢) في (ظ): (التاسعة).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (تسارع).

(٤) أي خروج المني.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٣٦).

(٦) في (ز): (بان).

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ١٧٨): «وهذا الوجه شاذ، وما قاله الإمام فيه نظر».

(٨) قوله: (وما يختص بالنساء) سقط من (ظ).

والسبب الثالث: إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في حقِّ الكفَّار خلافاً لأبي[1] حنيفة.

لنا: مـا روي أن سعـد بن معـاذ حكمَ في بني قريظـة بِقَتْلِ مقاتِـلِيهِم وسَبْي ذراريهم[2]، فكان يُكشَفُ عن مؤتزر المراهقين[3]، فمَنْ أنبت منهم قُتِلَ، ومن لم ينبت جعل في الذراري[4].

وعن عطية القرظي قال: «عرضنا على رسول الله ﷺ يوم قريظة فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلَّى سبيله وكنت فيمن لم ينبت فخلَّى سبيلي»[5].

---

(١) «رد المحتار» (٥/ ٩٧).

(٢) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٦/ (١٩١)، برقم (٣٠٤٣)، في الجهاد والسير، باب إذا نزل العدو على حكم رجل، ومسلم (٣/ ١٣٨٨)، برقم (١٧٦٨)، في الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد، وكلاهما من حديث أبي سعيد الخدري. قلت: الذراري جمع الذريّة وهم الصِّغار، انظر: «المصباح المنير»، مادة: ذرر.

(٣) في (ظ): (بالمراهقين).

(٤) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١/ ٣٣٤)، برقم (١٠٠٠) عن أسلم بن بجرة الأنصاري عن رسول الله ﷺ أنه جعله على أُسارى قريظة فكان ينظر إلى فرج الغلام، فإذا رآه قد أنبت الشعر، ضرب عنقه، وأخذ من لم ينبت فجعله في مغنم المسلمين) بإسناد ضعيف من أجل إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة. (والذراري) في نسخ «العزيز» بالزاي وهو خطأ.
ما أقول أورده المحقق فيه نظر؛ فهذا الحديث مشهور أخرجه البخاري في صحيحه، في المغازي، باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة برقم (٤١٢١) و (٤١٢٢) وتكرر عنده، ومسلم في الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد برقم (١٧٦٨) و (١٧٦٩)، والبراز في مسنده «البحر الزخار» (٣/ ٣٠١) برقم (١٠٩١). (م ع).

(٥) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٦/ ٢٣٣)، برقم (٤٢٤٢ – ٤٢٤٣)، في الحدود، باب في الغلام يصيب الحد، وسكت عليهما، وقال الـمنذري بعد الحديث الثاني: «وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجَهْ وقال الترمذي: حسن صحيح». والبيهقي (٦/ ٥٧ – ٥٨)، في الحجر، باب البلوغ بالإنبات، بألفاظ.

ثم هو بلوغٌ حقيقة أو هو دليل البلوغ وإمارته؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه بلوغ حقيقة كسائر الأسباب.

وأظهرهما ـ على ما قاله الإمام، وهو الذي أورده صاحب الكتاب ـ: أنه إمارة بلوغ[1]، لأن البلوغ[2] غير مكتسب، وهذا شيء يستعجل[3] بالمعالجة، فإن قلنا بالأول، فهو بلوغ في حق المسلمين أيضاً كسائر الأسباب، ولا فرق فيها بين المسلم والكافر، وإن قلنا: إنه أمارة، ففي حق المسلمين وجهان:

أظهرهما: أنه لا اعتبار[4] به، لأن مراجعة الآباء في حق المسلمين والاعتماد على أخبارهم عن تواريخ المواليد سهل، بخلاف الكفار فإنهم لا اعتماد لهم على قولهم، ولأن المسلمين ربما استعجلوا بالمعالجة رفعاً للحجر واستفادةً للولايات، والكفار لا يتهمون بمثله لأنهم حينئذ يُقتلون أو تُضرب عليهم الجزية.

والثاني ـ وبه قال مالك[5] وأحمد[6] ـ: أنه يجعل أمارة في حقهم أيضاً، لأن الإشكال[7] قد يقع في حق المسلمين أيضاً، ويدل عليه ما روي أن غلاماً من

---

(١) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٤١)، و«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٣٥).

(٢) قوله: (لأن البلوغ) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (يستعمل).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ١٧٨): «قلت: اختلف أصحابنا فيما يُفتى به في حق المسلمين. واختار الإمام الرافعي في المحرر أنه لا يكون بلوغاً. والله أعلم».

(٥) الإنبات علامة على البلوغ على المشهور عن مالك، والثاني ليس بعلامة عنده. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٩٣).

(٦) «كشاف القناع» (٣/ ٤٤٤)، و«المغني» (٤/ ٥٠٩).

(٧) في (ز): (الاستكمال).

الأنصار شبب بامرأة في شِعْره، فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت، فقال: «لو أنبت الشعر لحددتك»[١].

ثم العبرة بالشَّعْرِ الخشن الذي يحتاج في إزالته إلى الحلق، وأما الزَّغَبُ[٢] والشَّعْرُ الضعيف الذي قد يوجد في الصغر، فلا أثر له.

وفي شعر الإبط وجهان:

أحدهما: أن نباته كنبات شعر العانة، وبه قال القاضي الحسين وآخرون، قال الإمام: لأن إنبات العانة يقع في أول تحرك الطبيعة في الشهوة، ونبات الإبط يتراخى[٣] عن البلوغ في الغالب، فكان أولى بالدلالة على حصول البلوغ[٤].

والثاني ـ وهو الأصح على ما ذكره صاحب «التتمة» ـ: أنه لا أثر له في البلوغ، لأنه لو أثر لما كشفوا عن المؤتزر لحصول الغرض من غير كشف العورة.

ونبات اللحية والشارب فيهما[٥] هذان الوجهان، لكن صاحب «التهذيب»

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٥٨)، في الحجر، باب البلوغ بالإنبات، بإسناده، عن محمد بن يحيى بن حبان أن عمر رفع إليه غلامٌ ابتهر جارية في شعره. فقالوا: «انظروا إليه» فلم يجدوه أنبت فدرأ عنه الحد. قال أبو عبيد رحمه الله: وبعضهم يرويه عن عثمان. قال أبو عبيد: «قوله: ابتهر، الابتهار أن يقذفها بنفسه، يقول: فعلت بها كاذباً، فإن كان قد فعل فهو الابتهار»، ثم روى آثاراً أخرى. وعزاه في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٤)، إلى أبي عبيد وعبد الرزاق أيضاً، وذكر أن هذا الغلام كان لابن أبي صعصعة.
أقول: أخرجه ابن أبي شيبة في المصنّف (٥/ ٤٨٠) برقم (٢٨١٥٤) بلفظ: حدثنا ابن عُلية عن إسماعيل ابن أُمية عن يحيى قال: «ابتهر غُلامٌ مِنَّا في شِعْرٍ بامرأةٍ، فَرُفِعَ إلى عُمر فشكَّ فيه، فلم يجده أنبت فقال: «لَوْ وَجْدتُك أنْبَتَّ لَـجَلَدْتُك أو لَحَدَدْتُك». (م ع).

(٢) الزَّغَبُ، بفتحتين: صغار الشَعر ولَيِّنهُ حين يبدو من الصبي وكذلك الشيخ حين يَرِقُّ شَعرُه ويضعف، وهو الريش أول ما ينبت، «المصباح المنير»، مادة: زغب.

(٣) في (ظ): (تراخى).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٣٥).

(٥) في (ز): (فيه).

فرق، فألحق[1] شعر الإبط بشعر العانة، ولم يلحق به اللحية والشارب[2].

ولا أثر لثقل الصوت ونهود الثدي ونتوء طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة، كما لا أثر لاخضرار[3] الشارب، وفي «التتمة»: طرد الخلاف فيها.

وأما القسم الثاني: وهو ما يختص بالنساء فشيئان:

أحدهما: الحيضُ في وقت الإمكان بلوغٌ. واحتج له بما روي أنه ﷺ قال لأسماء بنت أبي بكر: «إن المرأة[4] إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلّا هذا وهذا»[5] وأشار إلى الوجه والكفين[6]، علّق وجوب الستر بالحيض[7] وذلك نوع تكليف.

وبما روي أنه ﷺ قال: «لا تُـقْبَلُ[8] صلاةُ حائضٍ إلّا بخمار»[9]، أشعر بأنها بالحيض كلفت بالصلاة.

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٣٤). وقال في «الروضة» (٤/ ١٧٩): «قلت: ويجوز النظر إلى منبت عانة من احتجنا إلى معرفة بلوغه بها للضرورة. هذا هو الصحيح. وقيل: تمس من فوق حائل. وقيل يلصق بها شمع ونحوه ليعتبر بلصوقه به. وكلاهما خطأ. إذ يحتمل أنه حلقه أو نبت شيء يسير. والله أعلم».

(٣) بمعنى سواده، قال الزمخشري في أساس البلاغة، في مادة: خضر: «واخضرت الظلمة: اشتدَّ سوادها».

(٤) قوله: (إن المرأة) سقط من (ظ).

(٥) قوله: (وهذا) سقط من (ز) و(ط الفكر).

(٦) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٦/ ٥٨)، برقم (٣٩٤٥)، في اللباس، باب فيما تُبْدي المرأة من زينتها، وقال: «هذا مرسل». خالد بن دريد لم يدرك عائشة رضي الله عنها. وفي «المراسيل» ص١٨٠، برقم (٣٩٤) عند قتادة، والبيهقي (٧/ ٨٦)، في النكاح، باب تخصيص الوجه والكفين بجواز النظر إليها عند الحاجة، من حديث عائشة، ثم ذكر له شاهداً بإسناد ضعيف.

(٧) في (ط الفكر) و(ز): (بالمحيض).

(٨) في (ظ): (لا يقبل الله).

(٩) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (١/ ٣٢٥)، برقم (٦١٢)، في الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار عن عائشة، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي وابن ماجَهْ. وقال الترمذي: حسن صحيح» =

والثاني: الحبلُ يوجب البلوغ، لأنه مسبوق بالإنزال، لكن الولد لا يستيقن ما لم تَضَعْ، فإذا وَضَعَتْ حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فإن كانت مطلَّقةً فأتت بولد يلحَقُ الزوج حكمنا ببلوغها قبل الطلاق.

فرع:

الخنثى المشكل إذا خرج من ذكره ما[١] هو على صفة المني، ومن فرجه ما هو[٢] صفة الحيض، فهل نحكم ببلوغه؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، لأنه إما ذكر وقد أمنى، أو أنثى وقد حاضت.

والثاني: لا، لتعارض الخارجين وإسقاط حكم[٣] كل واحد منهما حكم الآخر، ولهذا لا يحكم والحالة هذه بالذكورة، ولا بالأنوثة، هذا ما نسبه القاضي ابن كج إلى ظاهر نص الشافعي.

وإن وجد أحد الأمرين دون الثاني، أو أمنى وحاض من الفرج، فجواب[٤] عامة الأصحاب أنه لا يحكم ببلوغه، لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه. وقال الإمام ـ وهو الحق ـ: ينبغي أن يحكم بالبلوغ بأحدهما، كما يحكم بالذكورة

= وقال أبو داود: «رواه سعيد ـ يعني ابن أبي عروبة ـ عن قتادة عن الحسن عن النبي ﷺ». قلت: لفظ أبي داود: «لا يقبل الله عز وجل»، والترمذي: «لا تقبل صلاة الحائض»، والحاكم (١/ ٢٥١)، في الصلاة، عن عائشة بلفظ الرافعي، وقال: «صحيح على شرط مسلم»، ووافق عليه الذهبي، ثم أيده الحاكم بمرسل الحسن.

(١) في (ط الفكر) و(ز): (ماء و).

(٢) في (ط الفكر): (ومن فرجه دم وهو).

(٣) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) أي: أجابوا قطعاً.

والأنوثة، ثم إن ظهر خلافه غيرنا[١] الحكم[٢]. وكيف ينتظم مِنَّا أن نحكم بأنه ذكر أو أنثى ولا نحكم بأنه قد بلغ؟! والله أعلم.

قال:

(وأما الرَّشَد: فهو أن يبلغَ صالحاً في دينِه مُصلِحاً لدُنياه، فإذا اختلَّ أحدُ الأمرَينِ استمرَّ الحَجر (م ح و)، ومهما حَصلَ انفكَّ الحَجر (و)؛ فلو عادَ أحدُ المعنَيينِ لم يَعُدِ الحَجر (و)؛ لأن الإطلاقَ الثابتَ[٣] لا يُرفعُ إلاّ بيقين، كما أن الحَجرَ الثابتَ لا يُرفعُ إلّا بيقين، فلو عادَ الفسقُ والتَّبذيرُ جميعاً، يعودُ الحَجرَ أو يُعاد؛ على أظهَرِ الوجهَين، ثم يلي القاضي أمرَه أو وليُّه في الصَّبيّ؟ فيه وجهان. وكذا في الجنونِ الطارئ بعدَ البلوغ. وصَرْفُ المالِ إلى وجوهِ البرِّ ليسَ بتبذير (و)؛ فلا سَرَفَ في الخير. وصرفُه إلى الأطعمة النَّفيسةِ التي لا تَليقُ بحالِه تبذيرٌ (و)، فإذا انضمَّ إليه الفِسقُ أوجبَ الـحَجر).

أول ما ينبغي أن يعرف في الفصل وأولاه[٤]: معنى الرشد المذكور في قوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، وقد فسَّره الشافعيُّ بالصلاح في الدين مع إصلاح المال، ويدل عليه ما روي عن ابن عباس أنه قال: «معناه: رأيتم[٥]

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٠): «قلت: قال صاحب «التتمة»: إذا أنزل الخنثى من ذكره، أو خرج الدم من فرجه مرة، لم يحكم ببلوغه، فإن تكرر حكم به، وهذا الذي قاله حسنٌ، وإن كان غريباً. والله أعلم».

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٣٦).

(٣) في (ز): (إطلاق).

(٤) في (ط الفكر) و(ظ): (أولًا).

(٥) في (ظ): (وأنستم).

منهم صلاحاً في دينهم، وحفظاً لأموالهم»[١] وروي مثله عن الحسن ومجاهد[٢].

والمراد من الصلاح في الدين: أن لا يرتكب من المحرمات ما تسقط به العدالة. ومن إصلاح المال: أن لا يكون مبذراً.

وصرف المال إلى وجوه الخير في الصدقات وفكِّ الرقاب وبناء المساجد والمدارس وما أشبهها ليس بتبذير. ولا سَرَفَ في الخير، كما لا خير في السَّرَفِ. وعن الشيخ أبي محمد أن الصبي إذا بلغ وهو مفرط في الإنفاق في هذه الوجوه، فهو مُبَذِّرٌ، وإن عَرَض له ذلك بعدما بلغ مقتصداً لم نحكم بصيرورته مبذراً. وتضييع المال بإلقائه في البحر أو باحتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها تبذيرٌ، وكذا الإنفاق في المحرمات.

وصرفه إلى الأطعمة النفيسة التي لا يليق اتخاذها بحاله هل يكون سفهاً وتبذيراً؟ قال الإمام وصاحب الكتاب: نعم للعادة[٣]. وقال الأكثرون: لا، لأن المال يطلب[٤] لينتفع به ويلتذ به، وكذا القول[٥] في التجمُّل بالثياب الفاخرة والإكثار من شراء الغانيات[٦] والاستمتاع بهن وما أشبه ذلك، وبالجملة، فالتبذير على ما نقله معظم الأصحاب محصورٌ في التضيعات والإنفاق في المحرمات.

---

(١) أخرج البيهقي (٦/ ٥٩)، في الحجر، باب الرشد هو الصلاح في الدين وإصلاح المال، عن ابن عباس قال: «يقول الله تبارك وتعالى: اختبروا اليتامى عند الحلم فإن عرفتم منهم الرشد في حالهم والإصلاح في أموالهم فادفعوا إليهم أموالهم وأشهدوا عليهم».

(٢) رواه عن الحسن، البيهقي بعد قول ابن عباس رضي الله عنهما الذي سبق، وأما أثر مجاهد، قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٤): «فرواه الثوري في جامعه».

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٣٨)، و«الوسيط» للغزالي (٤/ ٣٨).

(٤) سقط من (ز).

(٥) من قوله: (الأكثرون) إلى هنا سقط من (ظ).

(٦) أي: الجواري.

ولا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله في الرشد وعدمه. ويختلف ذلك باختلاف طبقات الناس. فولد التاجر يختبر في البيع والشراء والمماكسة[١] فيهما[٢]، وولد الزَّارِع في أمر الزراعة والإنفاق على القوَّام[٣] بها[٤]، والمحترف فيما يتعلق بحرفته، والمرأة في أمر القطن والغزل وحفظ الأقمشة وصون الأطعمة عن الهرة والفأرة، وما أشبهها من مصالح البيت، ولا تكفي المرة الواحدة في الاختبار، بل لا بد من مرتين وأكثر على ما يليق بالحال، ويفيد غلبة الظن بكونه رشيداً.

وفي وقت الاختبار وجهان:

أحدهما: بعد البلوغ، لأن تصرفه في الصبا غير نافذٍ.

وأظهرهما: أنه قبله، لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء:٦]، واسم اليتيم إنما يقع على غير البالغ، وعلى هذا فكيف يختبر؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه يدفع إليه قدراً من المال ويمتحنه في[٥] المماكسة والمساومة، فإذا آل الأمرُ إلى العقد عقده الوليُّ، لأن تصرف الصبي لا ينفذ.

والثاني: يصح منه العقدُ أيضاً في هذا المعرض[٦] للحاجة، وقد أشرنا في أول البيع إلى هذا.

ولو تلف المال المدفوع إليه للاختبار في يده فلا ضمان على الولي[٧].

---

(١) وهي نقص الثمن، «المصباح المنير»، مادة: مكس.

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) في (ط الفكر): (العوام).

(٤) في (ط الفكر): (فيها).

(٥) في (ظ): (من).

(٦) في (ط الفكر): (الغرض).

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ١٨١): «قلت: والصبي الكافر كالمسلم في هذا الباب فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم. صرّح به القاضي أبو الطيب وغيره. والله أعلم».

إذا تقرر ذلك ننظر: إن بلغ الصبي غيرَ رشيد، إما لاختلال[١] الصلاح في الدين أو إصلاحِ المال، بقي محجوراً عليه، ولم يدفع إليه المال.

وقال أبو حنيفة[٢]: إن بلغ مفسداً للمال مُنع[٣] حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة كما سبق، وإن بلغ مصلحاً لماله دفع المال إليه، ونفذ تصرفه وإن كان فاسقاً، وبه قال مالك[٤] فيمن بلغ فاسقاً، ونقل المتولي مثل مذهبهما[٥] عن بعض أصحابنا، ووجه ظاهر المذهب أن الآية اعتبرت الرشد، والصلاح مأخوذ من تفسير الرشد.

ثم يتصرف في ماله ويستديم عليه الحجر مَنْ كان يتصرف قبل البلوغ أباً كان أو جداً أو وصياً أو حاكماً. وإن بلغ رشيداً دفع المال إليه، وينفك الحجر عنه بنفس البلوغ والرشد، أو يحتاج إلى فك القاضي؟ فيه وجهان:

أرجحهما ـ عند صاحب «التهذيب»[٦] ـ: أنه يحتاج إلى فك القاضي، لأن الرشد مما يعرف بالنظر والاجتهاد[٧]، ويروى هذا عن ابن أبي هريرة.

والثاني ـ وبه أجاب صاحب الكتاب، وهو الأصح عند الإمام والمتولي، ويحكى عن ابن سريج ـ: أنه ينفك عنه[٨] لأنه حجر لم يثبت بالحاكم، فلا يتوقف زواله على

---

(١) في (ط الفكر): (لاختلاف).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٣٩).

(٣) في (ز) و(ظ): (منع منه).

(٤) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٩٧)، «القوانين الفقهية» ص٢١١.

(٥) أي: مذهب أبي حنيفة ومالك رضي الله عنهما وجه للشافعية، كما في «التتمة»، لكنه شاذ ضعيف عند صاحب «روضة الطالبين».

(٦) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٣٨).

(٧) في (ز): (بنظر واجتهاد).

(٨) سقط من (ز) و(ظ).

«الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٣٩)، و«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٣٩).

إزالة الحاكم، كحجر المجنون يزول بمجرد الإفاقة، وهذا أولى، وإلّا لأطبق الناس على طلب الفك في أوائل[١] البلوغ، ولا يجدونَه أهم من[٢] مهماتهم.

ثم قال المفرعون على الوجه الأول[٣] أنه كما ينفك بفك القاضي، ينفك بفك الأب والجد. وفي الوصي والقيم وجهان. وهذا يطعن في توجيههم إياه بالحاجة إلى النظر والاجتهاد. وإذا قلنا: إنه لا يزول حتى يزال، فتصرُّفُه قبل إزالة الحجر، كتصرف من أُنشِئَ الحجر عليه بالسفه الطارئ بعد البلوغ.

ويجري الخلاف فيما إذا بلغ غير رشيد ثم صار رشيداً، وإذا حصل الرشد فلا فرق بين الرجل والمرأة وبين أن تكون المرأة مزوجة أو لا تكون.

وقال مالك[٤] رحمه الله: لا يدفع المال إلى المرأة حتى تنكح، فإذا نكحت دفع إليها بإذن الزوج، ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث إلّا بإذن الزوج ما لم تصر عجوزاً.

ولو عاد التبذير بعدما بلغ رشيداً لم يطلق ولم يمكن من التصرف، وكيف الحال؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يعود[٥] بنفس التبذير، كما لو جن.

وأصحهما: أنه لا يعود ولكن يعاد، ومَنْ الذي يعيده؟ لا خلاف في أن للقاضي أن يعيده، وعن أبي يحيى البلخي فيما نقل ابن كج رحمه الله تعالى أنه يعيده الأب والجد أيضاً، والمشهور تخصيصه بالقاضي لأنه في محل الاجتهاد.

---

(١) في (ز) و(ظ): (أوان).

(٢) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٣) قوله: (على الوجه الأول) سقط من (ظ).

(٤) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٠٨)، و«جواهر الإكليل» (٢/ ١٠٢)، و«القوانين الفقهية» ص٢١١ - ٢١٢.

(٥) سقط من (ظ).

ولو عاد الفسق دون الإنفاق في المعاصي وسائر وجوه التبذير، فإن قلنا: اقتران الفسق بالبلوغ لا يقتضي إدامة الحجر، وهي الطريقة المنقولة على[١] وفاق أبي حنيفة ومالك رحمهما[٢] الله، فلا يحجر، وإن قلنا: يقتضيها، فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن سريج ـ: أنه يحجر عليه كما يستدام به الحجر، وكما لو عاد[٣] التبذير.

وأصحهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: لا يحجر[٤]، لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة ويخالف الاستدامة، لأن الحجر ثَمَّ كان ثابتاً، والأصل بقاؤه، وهاهنا ثبت الإطلاق، والأصل بقاؤه[٥]، فلا يلزم من الاكتفاء بالفسق للاستصحاب الاكتفاءُ به لبراءة[٦] الأصل، ويخالف التبذير، فإنا نتحقق به تضييع المال، وبالفسق لا يتحقق، فإنه ربما لا ينفق المال إلّا فيما يسوغ وإن كان فاسقاً[٧]، ومقصود هذا الحجر صيانة المال. ولا يجيء في عود الفسق الوجه الذاهب إلى مصيره محجوراً بنفس التبذير.

قال[٨] الإمام رحمه الله: فإذا حجر على من طرأ عليه السفه ثم عاد رشيداً، فإن قلنا: الحجر عليه لا يثبت إلّا بضرب[٩] القاضي، فلا يرفع إلاّ برفعه، وإن قلنا: يثبت

---

(١) في (ظ): (عن).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٣٩)، و«القوانين الفقهية» ص٢١١.

(٣) في (ز): (الحجر ولو عاد).

(٤) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٣٢).

(٥) في (ط الفكر) و(ز): (بقاء).

(٦) في (ز) و(ظ): (لترك).

(٧) قوله: (وإن كان فاسقاً) سقط من (ز).

(٨) في (ز): (قاله)، وفي (ظ): (كذا قال).

(٩) أي: بحجر.

بنفسه، ففي زواله الخلاف المذكور فيما إذا بلغ رشيداً[١].

ومَنْ الذي يلي أمرَ من حُجر عليه بالسفه الطارئ؟ إن قلنا: إنه لا بد من ضرب القاضي، فهو الذي يليه، وإن قلنا: إنه يصير محجوراً عليه بنفس السفه فوجهان شبيهان بالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ:

أحدهما: أنه يلي أمره الأبُ ثم الجد، كما في حالة الصغر، وكما إذا بلغ مجنوناً.

والثاني: يليه القاضي، لأن ولاية الأب قد زالت فلا تعود. والأول أصح في صورة عروض الجنون. والثاني أصح في صورة عروض السفه. فلأن[٢] السفه وزواله مجتهد فيه، يحتاج إلى نظر الحاكم.

ونعود إلى ما يتعلق بألفاظ الكتاب:

قوله: (فإن اختل أحد الأمرين استمر الحجر)، ينتظم إعلامه بالميم والحاء والواو، لما ذكرنا فيما إذا بلغ مصلحاً لماله فاسقاً.

وقوله: (مهما حصل) أي: كلاهما (انفك الحجر)، معلم بالواو للوجه الصائر إلى أنه لا بد من فكه. وكذا قوله: (لم يعد الحجر)، للوجه الذي مر في عود الحجر عند عـود التبـذير.

وقوله: (لأن الإطلاق الثابت لا يرفع[٣] إلّا بيقين) إلى آخره، أراد به أن الحجر مستيقن في الصبا فلا يرفع[٤] إلّا بيقين الرشد، ولا بتيقن الرشد مع واحِدٍ من الأمرين.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٤٠).

(٢) في (ز): (لأن) وفي (ظ): (ولأن).

(٣) في (ط الفكر): (لا يرتفع).

(٤) من قوله: (إلى آخره) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

والإطلاق هاهنا متيقن، فلا يعاد الحجر إلّا بتيقن اختلال الرشد، وذلك يعود للمعنيين جميعاً، وهذا قريبٌ من لفظه في «الوسيط»، وقضيته[١]:خروج الصلاح في الدين وإصلاح المال عن أن يكون حقيقة الرشد، واعتبارهما للاستدلال بهما على حصول الرشد[٢].

واعلم أن كلام المصنف هاهنا وفي «الوسيط» مصرِّح بأن عَوْد مجرد الفسق أو التبذير لا أثر له، وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق والتبذير جميعاً[٣]، وليس الأمر كذلك، بل الأصحاب رضي الله عنهم مطبقون[٤] على أن عود التبذير وحدَه كافٍ في عود الحجر أو إعادته[٥] كما سبق بيانه.

وقوله: (ثم يلي أمره القاضي أو وليه في الصبي[٦]؟ فيه وجهان)، موضع الوجهين ما إذا قلنا: إن الحجر يعود بنفسه، أما إذا قلنا: إن القاضي هو الذي يُعيده، فهو الذي يَلي أمره بلا خلاف.

وقوله: (وصرف المال إلى وجوه الخير ليس بتبذير)، يمكن إعلامه بالواو، للتفصيل المنقول عن الشيخ أبي محمد.

---

(١) في (ط الفكر): (قضية).

(٢) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٣٩).

(٣) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٣٨).

(٤) أي: متفقون.

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٣): «قلت: أما «الوجيز» فهو فيه كما نقله عنه. وكذا في أكثر نسخ «الوسيط»، وفي بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب، وكذا وجد في أصل الغزالي. وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب. والله أعلم».

(٦) في (ز): (الصبا).

وقوله: (في الصرف إلى الأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير[١])، يجب إعلامه بالواو، ومعرفته[٢] أن الأظهر عند الأئمة رحمهم الله خلاف ما ذكره.

وقوله: (فإذا انضم الفسق إليه أوجب الحجر)، بناه على ما قدمه من اعتبار اجتماع الأمرين، وقد عرفت أن الصحيح المعتمد خلافه.

فرع:

لو كان يغبن في بعض التصرفات خاصة، فهل يحجر عليه حجراً خاصاً في ذلك النوع؟ فيه وجهان لبعد[٣] اجتماع الحجر والإطلاق[٤] في الشخص الواحد.

فرع آخر:

الشحيح على نفسه جداً مع اليسار، قال في «البيان»: في الحجر عليه وجهان[٥] عن الصيمري، والأَصَحُّ: المنع. والله أعلم.

* * *

(١) في (ط الفكر) و(ز): (النفيسة أنه تبذير).
(٢) في (ز) و(ظ): (ومعرفة).
(٣) في (ز): (لتعذر).
(٤) كاجتماع السفه وعدمه مثلًا.
(٥) في (ط الفكر): (فيه وجهان)، قلت: أي هل يحجر عليه لينفق عليه بالمعروف؟.

قال:

(ثم فائدةُ الـحَجر: سلبُ استقلالِه في الـتَّصرُّفاتِ المالية؛ كالبيعِ والشِّـراءِ (و) والإقرارِ بالدَّين (م)، وكذا الهبة، وفي سلبِ عبارتِه عندَ التَّوكيلِ به خلاف، وعليه يُبتنى صحّةُ قبولِه الوَصيّةَ والهبة، ولا حَجرَ عليه فيما لا يَدخلُ تحتَ الـحَجر[1]؛ كالطلاق، والظِّهار، والخلع، واستلحاقِ النَّسب، ونفيِه باللِّعان[2]، والإقرارِ بمُوجبِ العُقوبات؛ لأنّه مكلَّف، والولي لا يتولى ذلك، فلا بدَّ وأن يتولّاه بنفسِه، والأصحّ أنه لا يُقبلُ إقرارُه بإتلافِ مالِ الغير؛ كالصَّبيّ، وينعقدُ إحرامُه بالحجّ، ثم يُمنعُ الزَّادَ إن لم يكُن فرضاً عليه، ثم حكمُه حكمُ المحصَرِ أو المحرِمِ المفلِس، حتى لا يتحلَّل إلّا بلقاءِ البَيت؟ فيه خلاف).

الغرض الآن الكلام فيما ينفذ من السفيه المحجور عليه من التصرفات وما لا ينفذ، وفيه مسائل:

إحداها: لا تصح منه العقود التي هي[3] مظنة الضرر المالي كالبيع والشراء والإعتاق والكتابة والهبة والنكاح، ولا فرق بين أن يشتري بعين ماله[4] أو في الذمة. وفي شرائه في الذمة وجهٌ ضعيف تخريجاً من شراء العبد بغير إذن مولاه، والمذهب الأول؛ لأن هذا الحجر إنما شُرِع نظراً للمبذر، وذلك يقتضي الرد حالاً ومآلاً، والحجر على العبد لحق المولى، فلا يمتنع التصحيح بحيث لا يضر بالمولى.

---

(١) في (ز): (حجر الولي).
(٢) سقط من (ط الفكر) و(ظ).
(٣) في (ز) و(ظ): (هي في).
(٤) في (ز): (مال).

وإذا باع وأقبض استرد من المشتري، فلو تلف في يده ضمن، ولو اشترى وقبض أو استقرض فتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه، ومن أقبضه فهو الذي ضيعه، ولوليه استرداد الثمن إن كان قد أقبضه، ولا فرق بين أن يكون من عامله عالماً بحاله أو جاهلاً؛ إذ كان من حقه أن يبحث[1] ولا يعامل إلاّ عن بصيرة. وكما لا يجب الضمانُ في الحال، لا يجب بعد رفع الحجر، لأن هذا الحجر ضرب لمصلحته، فأشبه الصبي، لكن الصبي لا يأثم، والسفيه يأثم، لأنه مكلف. وفيما إذا تلف[2] بنفسه وجهٌ: أنه يضمن عند[3] رفع الحجر عنه[4]. وهذا كله فيما إذا استقل بهذه التصرفات.

أما إذا أذن له الوليّ نظِر: إن أطلق الإذن فهو لغوٌ، وإن عيَّن له تصرفاً وقدَّر[5] العوض فوجهان:

أصحهما[6] ـ عند المصنف ـ: أنه يصح كما لو أذن له في النكاح، وهذا لأن المقصود أن لا يضر بنفسه، ولا يتلف ماله، فإذا أذن الولي أُمِنَ مِن المحذور[7].

والثاني ـ وهو الأصح عند صاحب «التهذيب» ـ: المنع، كما إذا أذن للصبي[8].

---

(١) في (ط الفكر): (بتجنب).

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (أتلفه).

(٣) في (ز): (بعد).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٤): «قلت: هذا إذا أقبضه البائع الرشيد. فأما إذا أقبضه السفيه بغير إذن البائع أو أقبضه البائع وهو صبي أو محجور عليه بسفه فإنه يضمنه بالقبض قطعاً، صرح به أصحابنا وفقهه ظاهر. والله أعلم».

(٥) في (ط الفكر): (أو قدر).

(٦) في (ز) و(ظ): (أظهرهما).

(٧) في (ز) و(ظ): (الولي أمِنا المحذور).

(٨) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٤): «قلت: هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم الجرجاني والرافعي في «المحرر» وجزم به الروياني في «الحلية». والله أعلم».

ويخالف النكاح لأن المال فيه تابع، ومقصود الحجر حفظ المال عليه[١]، على أن الإمام رحمه الله أشار إلى طرد بعضهم الخلاف في النكاح[٢]، فإن قلنا: لا يصح، فقد سلبنا بالحجر عبارته، وإن قلنا: يصح، فالمسلوب هو الاستقلال.

وعلى الوجهين يخرَّج ما إذا وكّله غيره بشيء من هذه التصرفات، هل يصح عقدُه للموكل، وما[٣] إذا اتهب وقبل الوصية[٤] لنفسه[٥]؟ ولو أودعه إنسان شيئاً فلا ضمان عليه لو تلف عنده، ولو أتلفه فقولان كما لو أودع صبياً.

الثانية: لو أقر بدين معاملة لم يقبل، سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو بعده كالصبي. وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحجر وجه: أنه يقبل، تخريجاً من الخلاف في أن المفلس إذا أقرَّ بدَيْن سابق على الحجر، هل يزاحم المقر له الغرماء؟

ولو أقر بإتلاف مال[٦] أو جناية توجب المال فقولان:

أحدهما: يقبل، لأنه لو أثبتنا[٧] الغصب أو[٨] الإتلاف يضمن، فإذا أقرَّ به يقبل.

وأصحهما: الرد،كما لو أقر بدين معاملة، ولا يؤاخذ بعد فك الحجر عنه بما أقر به ورددناه.

ولو أقرَّ بما يوجب عليه حداً أو قصاصاً قُبِلَ، لأنه مكلف ولا تعلق لهذا[٩]

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٣٩).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٤٣).

(٣) في (ط الفكر): (وبما).

(٤) في (ط الفكر): (الهبة).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٤): «قلت: الأصح: صحة اتهابه وبه قطع الجرجاني. والله أعلم».

(٦) سقط من (ز) و(ظ).

(٧) في (ز) و(ظ): (أنشأ).

(٨) في (ز): (و).

(٩) في (ظ): (هذا).

الإقرار بالمال متى[١] يتأثر بالحجر، ولو أقر بسرقةٍ توجب القطع قُبل قوله في القطع، وفي المال قولان، كالعبد إذا أقر بسرقة؛ هذا إن قلنا: لا يقبل إقراره بدين الإتلاف، وإن قبلناه فأولى أن يقبل هاهنا.

ولو أقر بقصاص فعفا المستحق على مال، فالصحيح ثبوت المال لأنه يتعلق باختيار الغير لا بإقراره، ولو أقر بنسب ثبت النسب، وينفق على الولد الذي استلحقه من بيت المال[٢].

ولو[٣] ادعى عليه دين معاملة لزمه قبل الحجر وأقام عليه بينة سمعت، وإن لم يكن بينة، فإن قلنا: إن النكول ورد اليمين كالبينة، سُمعت، وإن قلنا: كالإقرار، فلا، لأن غايته أن يُقرَّ، وإقرارُه غير مقبول.

الثالثة: يصح منه الطلاق، لأنه لا يدخل تحت حجر الولي وتصرفه. ألا ترى أن الولي لا يطلّق أصلاً بل المحجور عليه يطلق بنفسه إذا كان مكلفاً كالعبد. وأيضاً فإن الحجر لإبقاء ماله عليه، والبضع ليس بمال، ولا هو جارٍ مجرى الأموال، ألا ترى أنه لا ينتقل إلى الورثة، ولا يمنع المريض من إزالة المال[٤] عنه، وإذا صح الطلاق مجاناً فالخلع أولى بالصحة، وكذلك يصح منه الظهار والرجعة ونفي النسب باللعان وما أشبهه؛ لأن هذه العقود لا تعلق لها بمال، ولو كان السفيهُ مِطْلاقاً مع حاجته إلى النكاح، سري بجارية، فإن تبرم[٥] بها أبدلت.

---

(١) في (ظ) و(ز): (حتى).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٥): «قلت: كذا قال الأصحاب في كل طرقهم، يقبل إقراره بالنسب. وينفق عليه من بيت المال قطعاً. وشذّ الروياني فقال في «الحلية»: يقبل إقراره بالنسب في أصح الوجهين. وينفق عليه من ماله. وهذا شاذ. نبهت عليه لئلا يغتر به. ولو أقر بالاستيلاد لم يقبل. والله أعلم».

(٣) في (ز) و(ظ): (ومن).

(٤) في (ز) و(ظ): (الملك).

(٥) بَرِمَ بالشيء بَـرَماً فهو بَرِمٌ مثلَ ضَجِرَ فهو ضَجِرٌ وزناً ومعنى، و(تَبرَّمَ) مثلُ (بَرِمَ). كما في «المصباح المنير»، مادة: برم.

[المسألة] الرابعة: حكم السفيه في العبادات حكم الرشيد، لكنه لا يفرق الزكاة بنفسه، فلو أحرم بغير إذن الولي انعقد إحرامه، ثم ينظر: إن أحرم بحج التطوع وزاد ما يحتاج إليه للسفر على نفقته المعهودة، ولم يكن له في الطريق كسب يفي بتلك الزيادة، فللولي منعه، ثم كيف سبيله؟ نقل الإمام رحمه الله وجهين:

الأصح ـ الذي أورده الأكثرون ـ: أنه كالمحصر، حتى[١] يتحلل بالصوم إذا جعلنا لدم الإحصار بدلاً، لأنه محجور في المال.

والثاني: أن عجزه عن النفقة لا يلحقه بالمحصر، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة، لا يتحلل إلّا بلقاء[٢] البيت[٣].

وإن لم يزد ما يحتاج إليه على النفقة المعهودة، أو كان يكتسب في الطريق ما يفي بالزيادة لم يمنعه الولي، بل ينفق عليه من ماله ولا يسلمه إليه بل إلى ثقةٍ لينفق عليه في الطريق.

وإن أحرم بحجة مفروضة كحجة الإسلام والحجة المنذورة قبل الحجر، أنفق عليه الولي كما ذكرنا.

قال في «التتمة»: والحجة المنذورة بعد الحجر كالمنذورة قبله إن سلكنا بالنذر[٤] مسلك واجب الشرع، وإلّا فهي كحجة التطوع[٥].

---

(١) سقط من (ز) و(ظ).

(٢) في (ط الفكر): (تلقاء).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٤٥).

(٤) في (ز) و(ظ): (بالمنذور).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٦): «قلت: ولو أفسد حجه المفروض بالجماع لزمه المضي فيه والقضاء. وهل يعطيه الوليّ نفقة القضاء؟ وجهان حكاهما الماوردي. والله أعلم».

ولو نذر التصدق بعين مالٍ لم ينعقد، وفي الذمة ينعقد، ولو حلف انعقد[1] يمينه ويكفر عند الحنث بالصوم كالرقيق[2].

قال:

(ووليُّ الصبيِّ أبوه أو جدُّه، وعندَ عدمِهما الوصيّ، فإن لم يكن، فالقاضي. ولا ولايةَ للأمّ (و)، ولا يَتصرَّفُ الوليُّ إلّا بالغِبطة، فلا يستوفي قصاصَه (ح) ولا يعفو عنه، ولا يعتق، ولا يطلِّقُ بعوضٍ وغيرِ عوض، ولا يعفو عن حقِّ شُفعتِه إلّا لمصلحتِه، فلو تركَ فليسَ له الطلبُ بعدَ البلوغ؛ على الأصحّ (و)، وله أن يأكلَ بالمعروفِ من مالِه إن كانَ فقيراً، وإن كانَ غنيّاً فليستعفِف).

هذه البقية لبيان من يلي أمر الصبي، وفي معناه المجنون، وأنه كيف يتصرف.

أما الذي يليه فهو الأب ثم الجد كما في ولاية النكاح، فإن لم يكونا فالولي المنصوب[3] من جهتهما[4]. فإن لم يكن فالولاية للقاضي، أو من ينصبه القاضي.

---

(١) في (ز) و(ظ): (انعقدت).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٦ - ١٨٧): «قلت: وفيه وجه حكاه صاحب «الحاوي» والقاضي حسين والمتولي: أنه يلزمه التكفير بالمال، فيجب على الولي إخراج الكفارة من مال السفيه. قال القاضي: فإن كثر حنثه لزمه الكفارة. ولا يخرجها الوليّ. ولا يصح صومه بل تبقى عليه حتى يعسر. فيصوم إذا قلنا: الاعتبار في الكفارة بحال الأداء، وإذا قلنا بالصحيح: أن واجبه الصوم فلم يصم حتى فك حجره، قال الماوردي: إن قلنا: يعتبر في الكفارة حال الأداء لم يجزئه الصوم مع اليسار. وإن اعتبرنا حال الوجوب ففي إجزاء الصوم وجهان. لأنه كان من أهل الصوم إلّا أنه كان موسراً. والله أعلم».

(٣) في (ز): (يكونا فالمنصوب).

(٤) أي: وصي الأب والجد.

وظاهر المذهب أنه لا ولاية للأم كما ليس لها ولاية النكاح، وعن أبي سعيد الإصطخري رحمه الله أن لها ولاية المال بعد الأب والجد[١]، وتقدم على وصيهما لزيادة شفقتها.

وأما كيفية التصرف، فالقول الجملي فيه اعتبار الغبطة وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة.

وفي الفصل[٢] صور:

منها: يجوز للولي أن يشتري له العقار، بل هو أولى من التجارة؛ لما فيها من الأخطار وانحطاط الأسعار، فإن لم يكن فيه مصلحة لنقل[٣] الخراج أو جور السلطان أو إشراف الموضع على البوار[٤] لم يجز.

ويجوز أن يبني له الدور والمساكن ويبني بالآجر[٥] دون اللبن والجص؛ لأن الآجر يبقى في العمارة، والطين قليل المؤونة، ومنفعته عند النقض بحالها بخلاف الجص[٦]، ولا يبنى باللبن والطين لقلة بقائه.

وذكر القاضي الروياني رحمه الله أن كثيراً من الأصحاب رحمهم الله جوّزوا البناء له[٧] على عادة البلد كيف كانت، قال: وهو الاختيار[٨].

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٧٨): «قلت: وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتهما؟ وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب والشاشي وآخرون. وينبغي أن يكون الراجح الاكتفاء بالعدالة الظاهرة. والله أعلم».

(٢) في (ز): (التفصيل).

(٣) في (ز): (كنقل).

(٤) أي: الخراب.

(٥) في (ز) و(ظ): (بالآجر والطين).

(٦) من قوله: (لأن الآجر) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٧) سقط: (له) من (ظ).

(٨) في (ز): (الإجبار).

ولا يبيع عقاره إلّا لحاجة، مثل أن لا يكون له ما يصرفه إلى نفقته وكسوته وقصرت غلته عن الوفاء بهما، ولم يجد من يقرضه أو لم ير المصلحة فيه أو[١] لغبطة[٢] مثل أن يكون يقبل الخراج أو يرغب شريك أو جار بأكثر من ثمن المثل وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن.

وله بيع ماله نسيئةً وبالعرض[٣] إذا رأى المصلحة فيه[٤]، فإذا باع نسيئة زاد على ثمنه نقداً وأشهد عليه وارتهن به رهناً وافياً، فإن لم يفعل ضمن، هكذا قاله المعظم.

وروى الإمام وَجْهَيْن في صحة البيع إذا لم يرتهن وكان المشتري مليئاً، وقال: الأصح الصحة[٥]، ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلى أنه لا يضمن، ويجُوزه اعتماداً على ذمة المليء، ولا يحتاج الأب إذا باع مال ولده من نفسه نسيئة إلى[٦] أن يرتهن له[٧] من نفسه بل يؤتمن في حق ولده.

وإذا باع الأب والجد عقاره[٨] ورَفَعَ الأمر إلى القاضي، سجل[٩] على بيعه، ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة بالبينة، لأنه غير متهم في حق ولده، وفي بيع الوصي والأمين لا يسجل إلّا إذا قامت البينة على الحاجة أو[١٠] الغبطة[١١]، فإذا بلغ الصبي

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (و).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (الغبطة).

(٣) في (ظ): (وبالعوض).

(٤) في (ز): (فيه أو الغبطة مثل أن يكون الخراج).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤٢).

(٦) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٧) سقط من (ط الفكر).

(٨) أي: عقار الطفل.

(٩) في (ط الفكر): (أسجل).

(١٠) في (ظ): (و).

(١١) من قوله: (بالبينة) إلى هنا سقط من (ط الفكر)، وقال في «الروضة» (٤/ ١٨٨): «قلت: وفي =

وادعى على الأب أو الجد بَيْعَ مَالِهِ من غير مصلحة، فالقول قولهما مع اليمين وعليه البينة، وإن ادعاه على الوصي أو[1] الأمين، فالقول قوله[2] في العقار، وعليهما البينة، وفي غير العقار وجهان، أظهرهما: أنه كالعقار، والفرق عَسِرٌ كالإشهاد[3] في كل قليل وكثير يبيعه، ومنهم من أطلق وجهين من غير فرقٍ بين وليٍّ ووليٍّ، وبين العقار وغيره، ودعواه على المشتري من الولي كهي[4] على الولي.

وليس للوصي والأمين[5] بيع ماله من[6] نفسه ومال نفسه منه، روي أنه ﷺ قال: «لا يشتري الوصي من مال اليتيم»[7] وللأب والجد ذلك، وبيع[8] مال أحد الصغيرين من الآخر، وهل يشترط أن يقول: «بعت واشتريت»؟ كما لو باع من غيره أم يكتفي[9] بأحدهما ويقام مقامهما؟ كما أقيم الشخص الواحد مقام اثنين؟ فيه وجهان تعرضنا لهما في أول البيع.

= احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد ليسجل لهما، وجهان، حكاهما في «البيان». والله أعلم».

(١) في (ز): (و).

(٢) أي: قول المدعي.

(٣) في (ز) و(ظ): (الأشهاد).

(٤) سقط من (ظ).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) أي لنفسه.

(٧) أخرج البيهقي (٦/ ٣)، في البيوع، باب لا يشتري من ماله لنفسه إذا كان وصياً، بسنده عن صلة ابن زفر قال: كنت جالساً إلى عبد الله بن مسعود، فجاء رجل من همدان على فرس أبلق فقال: «يا أبا عبد الرحمن! أشتري هذا؟» قال: «وماله؟» قال: «إن صاحبه أوصى إليّ». قال: «لا تشتره ولا تستقرض من ماله». قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٣): «لم أجده»، ثم ذكر ما أخرجه البيهقي.

(٨) في (ز): (ويبيع).

(٩) قوله: (أم يكتفي) سقط من (ظ).

وإذا اشترى الولي للطفل فليشتـر من ثقـةٍ، وحيث أُمِر بالارتـهان لم يقم أخذ الكفيل مقامه.

ومنها: لا يستوفي القصاص المستحق له، لأنه ربما يرغب في العفو ولا يعفو؛ لأنه ربما يختار الاستيفاء تشفياً[1]، ولا يعتق عبيده لا بعوض ولا مجاناً، ولا يكاتبهم، ولا يهب أمواله لا بشرط الثواب ولا دونه، إذ لا يقصد بالهبة العوض، ولا يطلِّق زوجته، لا مجاناً ولا بعوض، ولو باع شريكه شِقْصاً مشفوعاً فيأخذ أو يترك بحسب المصلحة، فإن ترك بحكم المصلحة، ثم بلغ الصبي وأراد أَخْذه فوجهان:

أصحهما: أنه لا يمكَّن، كما لو أخذ بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد ردَّه.

والثاني: يمكَّن، لأنه لو كان بالغاً لكان له الأخذ، وافق المصلحة أو خالف، والأخذ المخالف للمصلحة لم يدخل تحت ولاية الولي[2] فلا يفوت عليه في[3] تصرف الولي[4].

ومنها: ليس للولي أخذ أجرةٍ ولا نفقةٍ من مال الصبي إن كان غنياً. وإن كان فقيراً، وانقطع بسببه عن اكتسابه، فله أخذ قدر نفقته، قال الله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: ٦] الآية.

وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد رحمه الله: أنه يأخذ أقل الأمرين من قدر النفقة وأجرة المثل[5].

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) في (ظ): (المولى).

(٣) سقط: (في) من (ظ)، وفي (ز): (بتصرف).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ١٨٩): «قلت: فإذا قلنا بالأصح فبلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة قال صاحب «المهذب» وغيره: حكمه حكم بيع العقار. والله أعلم».

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٩٠): «قلت: هذا المنقول عن «التعليق» هو المعروف في أكثر كتب العراقيين. نقله صاحب «البيان» عن أصحابنا مطلقاً. وحكاه هو وغيره عن نص الشافعي. وحكى الماوردي =

والقول في أنه هل يستبد[1] بالأخذ؟ يأتي في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى. وهل عليه الضمان فيما[2] أخذ؟ كالمضطر إذا أكل من الطعام[3] أم لا[4]؟ كالإمام إذا أخذ الرزق[5] من بيت المال؟ فيه قولان[6].

وللولي أن يخلط ماله بمال الصبي ويؤاكله، قال الله تعالى: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾ [البقرة:٢٢٠]، وقاس ابن سريج عليه ما إذا خلط المسافرون أزوادهم وتناهدوا[7] وقال: لعل هذا أولى بالجواز، وإن تفاوتوا في الأكل، لأن كلاً منهم من أهل المسامحة[8]. هذه صور[9] الكتاب وشرحها[10].

ومنها: يجب على المولى[11] أن ينفق عليه ويكسوه بالمعروف ويخرج من ماله

= والشاشي وجهاً: أنه يجوز أيضاً للغني أن يأكل بقدر أجرته، الصحيح المعروف القطع بأنه لا يجوز للغني مطلقاً، والله أعلم».

(١) استَبَدَّ بالأمر أي انفرد به من غير مشاركة له فيه. «المصباح المنير»، مادة: بدد.

(٢) في (ز): (ما).

(٣) في (ز) و(ظ): (طعام الغير).

(٤) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ظ): (الورق).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ١٩٠): «قلت: أظهرهما: لا ضمان لظاهر القرآن ولأنه بدل عمله. والله أعلم».

(٧) تناهد القومُ مناهدةً: أخرج كل منهم نفقة ليشتروا بها طعاماً يشتركون في أكله، «المصباح المنير»، مادة: نهد.

(٨) قال في «الروضة» (٤/ ١٩٠): «قلت: لا خلاف في جواز خلط المسافرين على الوجه المذكور بل هو مستحب. ونقل صاحب «البيان» من أصحابنا أنه مستحب. ذكره في باب الشركة، ودلائله من الأحاديث الصحيحة كثيرة. والله أعلم».

(٩) في (ز): (صورة).

(١٠) سقط من (ظ).

(١١) في (ط الفكر): (يجب عليه)، وفي (ز): (يجب على الولي).

الزكاة[١] وأرش[٢] الجنايات وإن لم تطلب، ونفقة القريب بعد الطلب.

ومنها: إن دعت ضرورةُ حريق أو نهب إلى المسافرة بماله سافر، وإذا[٣] كان الطريق مخوفاً لم يسافر به، وإن كان آمناً فوجهان:

الذي أورده الأصحاب رحمهم الله من العراقيين: المنع، كالمسافرة[٤] بالوديعة.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: الجواز، لأن المصلحة قد تقتضي ذلك، والولي مأمور بالنظر بخلاف المودع[٥]. وإذا كان[٦] له أن يسافر به كان[٧] له أن يبعثه[٨] على يد أمين.

ومنها: ليس لغير القاضي إقراض مال الصبي إلّا عند ضرورة نهب أو حريق، وإذا أراد سفراً. ويجوز للقاضي الإقراض، وإن لم يقرض شيءٌ من ذلك لكثرة أشغاله. وسوَّى أبو عبد الله الحناطي رحمه الله بين القاضي وغيره.

ولا يجوز إيداعه مع إمكان الإقراض في أصح الوجهين، فإن عجز عنه فله الإيداع. ويشترط فيمن يودع عنده الأمانة، وفيمن يقرضه الأمانة واليسار جميعاً.

---

(١) في (ز) و(ظ): (الزكوات).

(٢) في (ز) و(ظ): (أروش).

(٣) في (ز) و(ظ): (وإلاّ فإن).

(٤) في (ظ): (كالمسافر).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٩١): «قلت: لو سافر به في البحر لم يجز إن كان مخوفاً. وكذا إن كانت سلامته غالبة على المذهب. وبه قطع القاضي حسين، ونقله الإمام عن معظم الأصحاب. وقيل: يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج. والله أعلم».

(٦) في (ز): (جاز).

(٧) في (ز): (جاز).

(٨) في (ظ): (يبيعه).

وإذا أقرض، فإن رأى أن يأخذ به رهناً أخذه وإلّا تركه[1]. والله أعلم.

* * *

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٩١ - ١٩٢): «يستحب للحاكم إذا حجر على السفيه أن يشهد على حجره.
وإن رأى أن ينادي عليه في البلد نادى مناديه ليتجنب الناس معاملته.
وحكى في «الحاوي» والمستظهري عن أبي علي بن أبي هريرة وجهاً: أنه يجب الإشهاد، وهو شاذ.
وإذا كان للصبي أو السفيه كسب أجبره الولي على الاكتساب ليرتفق به في النفقة وغيرها. حكاه في «البيان».
ولو وجب للسفيه قصاص فله أن يقتص ويعفو، فإن عفا على مال صح، ووجب دفع المال إلى وليه، وإن عفا مطلقاً أو على غير مال، فإن قلنا: القتل يوجب أحد الأمرين القصاص أو الدية، وجبت الدية. لأن عفوه عنها لا يصح. وإن قلنا: يوجب القصاص فقط سقط القصاص ولا مال.
وإذا مرض المحجور عليه لسفه مرضاً مخوفاً لم يتغير حكمه، وتصرفاته فيه كتصرفه في صحته.
وحكى في «الحاوي» وجهاً: أنه يغلب عليه حجر المرض، فيصح عتقه من ثلثه. وهذا شاذ ضعيف.
والله أعلم».


كتاب الصلح

قال رحمه الله تعالى:

(كتاب الصُّلح

وفيه ثلاثةُ فصول[١]:

الفَصلُ الأول: في أركانِه[٢]

وهو معاوضة، له[٣] حكمُ البيعِ إن جَرى على غيرِ المدَّعَى، فالصُّلحُ لا يخالفُ البَيعَ إلّا في ثلاثِ مسائل:

الأولى[٤]: قالَ صاحبُ «التَّلخيص»: يجوزُ الصُّلحُ على أرشِ[٥] الجنايات، ولا يصحُّ بلفظِ البَيع. وأنكرَه[٦] الشَّيخُ أبو عليٍّ وغيرُه، وقال: إن كان معلومَ القدر والصفة جازَ باللَّفظين، وإلّا امتنعَ (ح) باللَّفظين. وإن علمَ القَدرَ دونَ الوصفِ كأقلِّ الدِّية، ففي كلا اللَّفظينِ خلاف.

---

(١) الفصل الأول في أركان الصلح وأحكامه، والثاني: في التزاحم على الحقوق، والثالث في التنازع. كما سيأتي.

(٢) أركان الصُّلح ثلاثة: المتصالحان والمصالَح عليه والمصالَح عنه، وسيأتي ذكرها في الشرح، ولم يذكرها الغزالي كما لم يذكر شروطه، وإنما ذكر بيان الصحيح من الصلح والفاسد، ولذلك رأى الرافعي أنَّ جعْل العنوان في الفصل الأول: بيان أحكام الصلح، أنسب مما عنونه الغزالي كما سيأتي هذا التعقيب.

(٣) في (ز): (وله).

(٤) في (ز): (إحداها).

(٥) في (ز): (أروش).

(٦) في (ط الفكر) و(ظ): (وأنكر).

الثانية: أن يصالحَ على بعض المدَّعَى، فهو جائزٌ فيكونُ بمعنى هبةِ البعض. ولفظُ البيعِ لا ينوبُ منابَه في هذا المقام. وقيل: إنه بلفظِ الصُّلح أيضاً لا يَصحّ.

الثالثة: إذا قالَ ابتداءً لغيرِه من غيرِ سبقِ خصومة: صالِحني من دارِك هذه على ألف، ففيه خلاف؛ إذ لفظُ البيعِ واقعٌ فيه، ولا يطلقُ لفظُ الصُّلحِ إلا[1] في الـخُصومة).

فسر الأئمة رحمهم الله الصلحَ في الشريعة: بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، وليس ذلك على سبيل التحديد، ولكنهم أرادوا ضرباً من التعريف مُشِيرين إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالباً، والمخاصمات[2] والمزاحمات المحوِجة إلى المصالحة تارة تقع في الأملاك، وتارة في المشتركات، كالشوارع وغيرها. والتعامل[3] تارة يقع بالصلح، وتارة بظهور جانب أحد المتنازعين لاختصاصه بما يشعر بالاستحقاق، فلاشتباك هذه الأمور بعضها ببعض نسلك[4] في الباب في كلام الشافعي والأصحاب[5] رحمهم الله مع أحكام الصلح المعقود لها الفصلُ الأولُ من فصول الكتاب[6]؛ بيان المشتركات التي يقع فيها التزاحم، وصور يترجح فيها جانب أحد المتنازعَيْن أو يُظَنُّ رجحانه، وقد عقد صاحب الكتاب لهما الفصل الثاني والثالث.

(١) في (ط الفكر): (لا)، وفي (ظ): (إلاّ).
(٢) قوله: (غالباً والمخاصمات) سقط من (ظ).
(٣) في (ز) و(ظ): (والتفاصيل).
(٤) في (ز) و(ظ): (انسلك).
(٥) في (ظ) و(ط الفكر): (للأصحاب).
(٦) قوله: (من فصول الكتاب) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

والأصل في الصلح ما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً»[(١)]، ووَقْفُه على عمر رضي الله عنه أشهر[(٢)].

وعن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً والصلح جائز»[(٣)].

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٢١٣)، برقم (٢٤٤٩)، في الأقضية، باب في الصلح، وسكت عنه، وقال المنذري: «في إسناده كثير بن زيد، قال ابن معين: ثقة، وقال مرةً: ليس بشيء، وقال مرةً: ليس بذاك القوي وتكلم فيه غيره». وابن حبان مع «الإحسان» (٧/ ٢٧٥)، برقم (٥٠٦٩)، وفي إسناده كثير بن زيد.

وبدون استثناء بطريق كثير بن زيد من حديث أبي هريرة أيضاً أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٣٦٦)، والحاكم في «المستدرك» (٤/ ١٠١)، ومرة في البيوع (٢/ ٤٩)، وقال الذهبي (٢/ ٤٩): «لم يصححه ـ أي الحاكم ـ وكثير ضعفه النسائي ومشاه غيره».

ومن حديث عمرو بن عوف أخرجه بتمامه الترمذي (٣/ ٦٣٤)، برقم (١٣٥٢)، في الأحكام، باب (١٧)، وقال: «حسن صحيح». وابن ماجَهْ (٢/ ٧٨٨)، برقم (٢٣٥٣)، في الأحكام، باب في الصلح. والحاكم في «المستدرك» (٤/ ١٠١)، وسكت عنه، وقال الذهبي: «هو حديث واه». وهكذا أخرجه في «نصب الراية» (٤/ ١١٢)، وضعفه في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٣).

(٢) قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٤): «أخرج البيهقي في المعرفة من طريق أبي العوام البصري قال: كتب عمر إلى أبي موسى، فذكر الحديث. وفيه: والصلح جائز. فذكره بتمامه. ورواه في «السنن» من طريق أخرى إلى سعيد بن أبي بردة قال: هذا كتاب عمر إلى أبي موسى فذكره فيه، وسيأتي في كتاب القضاء تماماً إن شاء الله».

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٦٣٤ - ٦٣٥)، برقم (١٣٥٢)، في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، بلفظ: «الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً حرّم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو أحل حراماً»، وقال: «حسن صحيح». وابن ماجَهْ (٢/ ٧٨٨)، برقم (٢٣٥٢)، في الأحكام، باب الصلح، النصف الأول. =

إذا عرفت ذلك، فالصلح إما أن يجري بين المتداعيين، أو بين المدعي وأجنبي.

والقسم الأول[١] على وجهين:

أحدهما: ما يجري على الإقرار، وهو على نوعين:

أحدهما: الصلح على عين المدعى، وله ضربان[٢]:

أحدهما: صلح المعاوضة: وهو الذي يجري على غير العين المدعاة، كما إذا ادَّعى داراً فأقرَّ بها المدَّعى عليه وصالحه منها[٣] على عبد أو ثوب، وهذا الضرب حكمه حكم البيع إن[٤] عقد بلفظ الصلح، ويتعلق به جميع أحكام البيع كالرد بالعيب والشفعة، والمنع من التصرف قبل القبض، واشتراط القبض إن كان المُصالَح عنه والمصالَح عليه متوافقين[٥] في علة الربا، واشتراط التساوي في معيار الشرع إن كانا من جنس واحد من أموال الربا، وجريان التحالف عند الاختلاف. ويفسد العقدُ[٦]

= والحاكم في «المستدْرك» (٤/ ١٠١)، قريباً من لفظ الترمذي، وسكت عليه وقال الذهبي: «واهٍ» وضعَّفه في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٣) كما سبق قريباً.

(١) قلت: بيَّـن الرافعي في الفصل الأول أحكام الصلح، وقسمه إلى قسمين ذكرهما، لكن في التقسيم حذف أو سقط يحسن تقديره هنا:
القسم الأول: ما يجري بين المتداعيين. وهو وجهان:
الوجه الأول: ما يجري على الإقرار. وهو نوعان: الأول: الصلح عن العين. والثاني: صلح الحطيطة.
والوجه الثاني: في الصلح عن الإنكار.
والقسم الثاني: الصلح الجاري بين المدعي والأجنبي وله حالان. وسيأتي إن شاء الله ص٣٢٨.

(٢) من قوله: «أحدهما: ما يجري» إلى قوله: «وله ضربان» سقط من ط العلميّة.

(٣) في (ط الفكر): (بها).

(٤) في (ط الفكر): (وإن)، وفي (ظ): (فإن).

(٥) أي: متفقين.

(٦) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

بالغرر والجهل والشروطِ الفاسدة فسادَ[١] البيع.

وكذا[٢] إذا صالح منها على منفعةٍ غير معلومة جاز[٣]، وكان هذا الصلح إجارةً، كأن استأجر الدارَ والعبدَ بالعين المدعاة، فتثبت فيه أحكام الإجارات.

الضرب الثاني: صلح[٤] الحطيطة، وهو الجاري على بعض العين المُدَّعاة كما إذا صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها أو من العبدين على أحدهما، فهذا هبة بعض المدعى ممن[٥] هو في يده، فيشترط [لصحته][٦] القبولُ ومضيٌّ مدة إمكان القبض، وفي اشتراط الإذن الجديد في القبض الخلافُ المذكور في باب الرهن.

ويصح بلفظ الهبة وما في معناها، وهل يصح[٧] بلفظ الصلح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن الصلح يتضمن المعاوضة، ومحال أن يعامل[٨] الإنسان ملك نفسه ببعضه.

وأظهرهما: الصحة، لأن الخاصية التي يفتقر إليها[٩] لفظ الصلح وهي[١٠] سبْق

---

(١) أي: كما يفسد عقد البيع.

(٢) في (ز) و(ظ): (وهذا).

(٣) في (ز): (منها على عين أخرى، فإن صالح منها على منفعةِ دارٍ أخرى أو خدمة عبد سنة مثلًا جاز).

(٤) في (ز): (في صلح). وفي ط العلمية: ضرب الحطيطة.

(٥) أي: لمن.

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من المحقق أخذاً من «الروضة» (٤/ ١٩٣)، ولم ينبّه على ذلك، ويظهر لي أن هذه الزيادة لا ضرورة لها إذا الكلام يستقيم بدونها. (م ع).

(٧) أي: صلح الحطيطة.

(٨) في (ز) و(ظ): (يقابل).

(٩) سقط من (ظ).

(١٠) في (ط الفكر): (الصلح هو).

الخصومة وقد حصلت، ثم هو منزَّلٌ في كل موضعٍ على[1] ما يقتضيه الحال، كلفظ التمليك، ولا يصح هذا الضرب بلفظ البيع.

وهذه[2] إحدى المسائل الثلاث التي ذكر صاحب الكتاب أن الصلح يخالف البيع فيها، وذلك على الوجه الأظهر، وأما إذا قلنا: إنه لا يصح بلفظ الصلح أيضاً فلا فرق بين اللفظين. والله أعلم.

والمسألة الثانية: ذكر ابن القاص في «التلخيص» أنه إذا صالحه مِنْ أرش الموضحة على شيء معلوم جاز إذا علما قدر أرشها، ولو باع لم يجز، وخالفه معظم الأصحاب في افتراق اللفظين، وقالوا: إن كان الأرش مجهولاً كالحكومة التي لم تقدر ولم تضبط، لم يجز الصلح عنه ولا بيعه. وإن كان معلوم القدر والصفة كالدراهم والدنانير إذا ضبطت في الحكومة جاز الصلح عنها، وجاز بيعها ممن عليه، وإن كان معلوم القدر دون الصفة على الحد[3] المعتبر في السلم، كالإبل الواجبة في الدية، ففي جواز[4] الاعتياض عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع جميعاً وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: أنه يصح كما لو اشترى عيناً ولم يعرف صفاتها.

وأظهرهما ـ فيما ذكره[5] الشيخ أبو الفرج السرخسي ـ: المنع؛ كما لو أسلم في شيء ولم يصفه، وهذا في الجراحة التي لا توجب القود، فإن كانت توجب القود[6]،

---

(١) سقط من (ط الفكر).

(٢) أي المسألة السابقة، وهي ما إذا صالح صلح الحطيطة بلفظ الصلح، فإنه يصح على الأصح، ولو كان بلفظ البيع لم يصح قطعاً.

(٣) أي: الوجه.

(٤) في (ط الفكر) و(ظ): (جواب).

(٥) في (ط الفكر) و(ظ): (ذكر).

(٦) قوله: (فإن كانت توجب القود) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

إما في النفس أو فيما دونها، فالصلح عنهما[١] مبني على الخلاف في أن موجب العمد ماذا؟ وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

والمسألة الثالثة: لا شك أنه لو قال من غير سبق خصومة: «بعني دارك هذه بكذا»، فباع يصح، ولو قال والحالة هذه: «صالحني عن دارك هذه بألف»، فعن الشيخ أبي محمد: فيه ذكر وجهين:

أحدهما: الصحة، لأن مثل هذا الصلح معاوضة، فسواء عقد بهذه اللفظة أو بهذه اللفظة.

وأظهرهما: المنع، لأن لفظ الصلح لا[٢] يطلق ولا يستعمل إلاّ إذا سبقت خصومة، فعلى هذا يخالف الصلح البيع، وكأن هذا الخلاف مفروض فيما إذا استعملا لفظ الصلح ولم ينويا، أو أحدهما شيئاً، فأما إذا استعملا ونويا البيع فإنه يكون كناية بلا شك[٣]، ويكون على الخلاف المشهور في انعقاد البيع بالكنايات، والقياس عَوْدُ مسائل الاستثناء في الصلح الذي ذكرنا، أنه إجارة بلا فرق.

وأعود الآن إلى البحث عن لفظ الكتاب ونظمه.

فقوله: (الفصل الأول في أركانه)، أركان الصلح على المعهُودِ من كلام صاحب الكتاب: المتصالحان[٤]، والمصالَح عليه، والمصالَح عنه. وليس في الفصل تعرض لها ولشروطها، وإنما الذي يتضمنه[٥] بيان الصحيح من الصلح والفاسد،

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (عنها).
(٢) في (ط الفكر) و(ز): (لأن مثل هذا الصلح معاوضة لا).
(٣) في (ظ): (لا شك فيه).
(٤) في (ظ): (المتعاقدان).
(٥) في (ز): (يتضمنها).

وأن الصحيح منه من أي قبيل هو؟ فَإذن الفصلُ ببيانِ[١] الأحكامِ أشبهُ منه بالأركان.

وقوله: (والصلح لا يخالف البيع إلّا في ثلاث مسائل)، إما أن يحمل على كل صلحٍ، أو على الصلح المذكور قبل هذا الكلام، وهو الصلح الجاري على غير المدعى. وظاهرٌ أن الأول غير مرادٍ لأنواع الصلح التي ليست تتنوع[٢]، ولو أراد ذلك لما احتاج إلى تقييد ما قبله بقوله: (إن جرى على غير[٣] المدعى)، والثاني فيه توقفٌ أيضاً، لأن إحدى المسائل الثلاث ما إذا صالح على بعض المدعى، والصلح على بعض المدعى لا يندرج في الصلح على غير المدعى حتى يستثنى منه، إلّا أن يراد بالغير[٤] كما يصدق أن يقال: إنه ليس هو دون الخارج عن الذات، لكنه بعيد عن الفهم في مثل هذه المواضع. وربما يوجد في بعض النسخ: (إن جرى على عين[٥] المدعى)، بدل: (غير[٦] المدعى)، وهو فاسد، لأن الصلح على كل المدعى لا معنى له، وعلى بعضه لا يكون بيعاً البتة. ولو كان مكانها:[٧] (إن جرى على العين المدعاة)، ليكون قسيمًا لقوله من بعد: (وإن صالح عن الدين)، ويتضح استثناء المسألة المذكورة، لكان أحسن[٨]، لكن الصلح في مسألة الصلح على الأرش، صلح عن الدين، فلا يدخل حينئذٍ حتى يستثنى.

---

(١) في (ظ): (بيان).

(٢) في (ز): (هي تتنوع)، في (ط الفكر): (بنوع).

(٣) في (ط الفكر): (عين).

(٤) في (ط الفكر): (بالعين).

(٥) في (ز) و(ظ): (غير).

(٦) في (ز): (عن).

(٧) في (ط الفكر) و(ز): (مكانها).

(٨) في (ز): (حسناً).

ثم مخالفة الصلح البيع لا[١] ينحصر في الصور الثلاث، بل من صورها[٢]: الصلح عن القصاص، فإنه صحيح ولا مجال للفظ البيع فيه.

ومنها[٣]: قال صاحب «التلخيص»: لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذه منهم جاز، ولا يقوم مقامه البيع، واعترض عليه القفال بأن تلك المصالحة ليست مصالحة[٤] عن أموالهم على شيء نأخذه[٥]، وإنما نصالحهم ونأخذ منهم للكف عن دمائهم وأموالهم، وهذا قويم[٦]، لكنه لا يخدش[٧] مخالفة اللفظين، لأن لفظ البيع لا يجري في أمثال تلك المصالحات.

وقوله: (فأنكر الشيخ أبو علي ذلك)، هذا قد ذكره الشيخ رحمه الله على أحسن وجه كما هو دأبه، لكنه ليس مبتدئاً بهذا الكلام حتى ينسب إليه، بل الأئمة رحمهم الله ذكروه قبله، منهم الشيخ القفال.

وقوله: (وإلّا امتنع باللفظين)، يجوز إعلامه بالحاء، لأنه عند أبي[٨] حنيفة يجوز الصلح عن المجهول أرشاً كان أو غيره، وبه قال أحمد[٩] رحمه الله.

لنا: القياس على المصالَح عليه، فإنه لا بد أن يكون معلوماً بالاتفاق.

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (لأنه لا).

(٢) وهي صورة رابعة خالف حكم الصلح فيها البيع.

(٣) وهي مسألة خامسة يخالف حكم الصلح فيها حكم البيع.

(٤) سقط من (ز).

(٥) قوله: (على شيء نأخذه) سقط من (ز) و(ظ).

(٦) أي: صحيح.

(٧) في (ز): (لا يخلو من).

(٨) «مجمع الأنهر» (٢/ ٣١١ - ٣١٢).

(٩) «المغني» (٤/ ٥٢٧).

وقوله: (وقيل إنه بلفظ الصلح أيضاً لا يصح)؛ أي لا بد من لفظ الهبة؛ لأنه[١] غير صحيح أصلًا. والله أعلم.

قال:

(وأما الصُّلحُ عن الدَّين، فهو كبيع الدَّين، فإن صالحَ على بعضِه فهو إبراءٌ (و) عن البَعض، ولو صالحَ من حالٍّ على مؤجَّلٍ أو مؤجَّلٍ على حالٍّ أو صحيحٍ على مكسَّرٍ أو مكسَّرٍ على صحيح، فهو فاسد؛ لأنه وعدٌ من المستحِقُّ أو المستحَقُّ عليه، لا يلزمُ الوفاءُ به. ولو صالحَ من ألفٍ مؤجَّلٍ على خمسِمئةٍ حالٍّ: فهو فاسد؛ لأنه نزلَ عن القَدرِ للحصولِ على زيادةِ صفة. ولو صالحَ عن ألفٍ حالٍّ على خمسِمئةٍ مؤجَّل، فهو إبراءٌ عن خَمسِمئة، ووعدٌ في الباقي لا يُلزِم[٢]).

النوع الثاني: الصلح[٣] عن الدين، وله ضربان أيضاً[٤]:

أحدهما: صلح المعاوضة، وهو الجاري على غير الدين المدعى، فينظر: إن صالَح على بعض أموال الربا على ما يوافقه في العلة فلا بد من قبض العوض في المجلس، ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على أصح الوجهين، ولو لم يكن العوضان بهذه المثابة، فإن كان العوض عيناً صح الصلح ولا يشترط قبضه في المجلس في أصح الوجهين[٥]، وإن كان ديناً صح الصلحُ في أصح الوجهين، ولكن يشترط التعيين في

(١) في (ز) و(ظ): (لا أنه).

(٢) في (ظ): (لا يلزمه).

(٣) سقط من (ط الفكر).

(٤) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٥) من قوله: (ولو لم يكن) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

المجلس، ولا يشترط القبضُ بعد التعيين في أصح الوجهين، وكل[١] ما ذكرناه موجهاً في بيع الدين ممن عليه الدين.

وقوله في الكتاب: (فهو كبيع الدين)، إشارة إلى هذه الجملة.

والضرب الثاني: صلح الحطيطة، وهو الجاري على بعض الدين المدعى[٢]، فهو إبراءٌ عن بعض الدين، فإن استعمل لفظ الإبراء أو ما في معناه، كما إذا قال: «أبرأتك عن خمسمئة من الألف الذي عليك» أو: «صالحتك عن الباقي»؛ برئت ذمته عمّا أبرأه منه ولم يشترط القبول، وفيه وجه بعيدٌ مُطَّرِدٌ[٣] في كل إبراء، ولا يشترط قبض الباقي في المجلس.

وإن اقتصر على لفظ الصلح فقال: «صالحتك عن الألف الذي لي عليك على خمسمئة»، فوجهان، كنظيرهما في صلح الحطيطة في العين، والأصح: الصحة.

ثم هل يشترط القبول؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا قال لمن عليه الدين: «وهبته منك»[٤]، والأظهر: اشتراطه؛ لأن اللفظ في وضعه يقتضيه، ولو صالح منه على خمسمئة معينة فالوجهان جاريان. ورأى الإمام وجه الفساد هاهنا أظهر، لأن تعيين[٥] الخمسمئة يقتضي كونها عوضاً، وكون العقد معاوضة، فيصير بائعاً لألف بخمسمئة، ولصاحب الوجه الأول أن يمنعه ويقول: الصلح منه على البعض المعين إبراء[٦] واستيفاء للباقي[٧].

---

(١) في (ز): (وكل هذا على).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) أي: يشترط القبول في كل إبراء.

(٤) أي: لك.

(٥) في (ط الفكر): (بعض).

(٦) في (ز) و(ظ): (إبراء للبعض).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٥١).

ولا يصح[١] هذا الضرب بلفظ البيع كما في نظيره من الصلح عن العين، ولو صالح من ألف حالٍّ على ألف مؤجل، أو من ألفٍ مؤجَّلٍ على ألفٍ حالٍّ فهو لاغٍ[٢]؛ لأنه في الصورة الأولى وعدٌ من ربِّ المال[٣] بإلحاق الأجل، وفي الثانية من المديون بإسقاط الأجل، والأجل لا يلحق ولا يسقط، نعم لو عجل من عليه المؤجل وقَبِلَه المستحق سقط الأجلُ بما جرى من الإيفاء والاستيفاء، وكذلك الحكم في الصحيح والمكسَّر.

ولو صالح من ألفٍ مؤجَّل على خمسمئة حالَّة، فهذا الصلح فاسدٌ، لأنه نزل عن بعض المقدار[٤] لتحصيل الحلول في الباقي والصفةُ بانفرادها لا تقابَل بالعوض، ثم صفة الحلول لا تلتحق بالمال المؤجل، وإذا لم يحصل ما نزل عليه عن القدر لتحصيله لم يصح النزول.

ولو صالح عن ألفٍ حالٍّ على خمسمئة مؤجلة، فهذا ليس فيه شائبة المعاوضة، ولكنه مسامحة من وجهين:

أحدهما: حط بعض القدر.

والثاني: إلحاق الأجل بالباقي.

والأول سائغ فيبرأ عن خمسمئة، والثاني وَعْدٌ لا يُلْزِم، فله أن يطالبه بالباقي في الحال.

فروع:

أحدها: قال أحد الوارثين لصاحبه: «تركت نصيبي من التركة إليك» فقال:

---

(١) لأنه ربا الفضل.

(٢) أي: باطل.

(٣) في (ز): (الدين).

(٤) في (ظ): (المقدر).

«قبلتُ»، لم يصح، ويبقى حقه كما كان، لأنها إن كانت أعياناً فلا بد فيها من تمليكٍ وقبولٍ، وإن كان فيها دينٌ عليه فلا بد من إبراء، ولو قال: «صالحتك من نصيبي على هذا الثوب»، فإن كانت التركة أعياناً فهو صلح عن العين، وإن كانت ديوناً عليه فصلحٌ عن الدين، وإن كانت على سائر الناس فهو بيع الدين من غير من عليه الدين، وقد سبق حكمه، فإن كان فيها عين ودين على الغير ولم نجوز بيع الدين لغير من عليه[1] فالصلح باطل في الدين، وفي العين قولا تفريق الصفقة.

الثاني: له في يد غيره ألفُ درهم وخمسون ديناراً، فصالحه منه على ألفي درهم، لا يجوز. وكذا لو مات عن اثنين[2] والتركة ألفا درهم ومئة دينار، وهي في يد أحدهما، فصالحه الآخر من[3] نصيبه على ألفي درهم لم يجز، ولو كان المبلغ المذكور ديناً في ذمة غيره فصالحه منه على ألفي درهم[4]، يجوز.

والفرق: أنه إذا كان الحق في الذمة، فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه، فيجعل مستوفياً لأحد الألفين معتاضاً بالآخر عن الدنانير[5]. وإذا كان معيناً كان الصلح عنه اعتياضاً وكأنه[6] باع ألف درهم وخمسين ديناراً بألفي درهم، وهو من صُوَرِ مُدِّ عَجْوَةٍ. ونقل الإمام عن القاضي الحسين[7] في صورة الدين أيضاً المنع تنزيلًا له على المعاوضة[8].

---

(١) من قوله: (الدين وقد) إلى هنا من (ط الفكر).

(٢) أي: عن ابنين مثلًا.

(٣) في (ط الفكر): (عن).

(٤) من قوله: (لم يجز) إلى هنا سقط من الأصل ومن (ز)، وأثبته من «الروضة» (٤/ ١٩٧).

(٥) أي: الألف الآخر.

(٦) في (ز) و(ظ): (فكأنه).

(٧) في (ز): (حسين).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٦٠).

الثالث: صالحه عن الدار المدعاة على أن يَسكنها سنةً، فهو إعارة للدار منه يرجع عنها متى شاء، وليس بمعاوضة؛ لأن الرقبة والمنافع ملكه، ومحال أن يعتاض بملكه عن ملكه. وإذا رجع عن الإعارة لم يستحق أجرة المدة التي مضت كما هو قضية العارية، ونقل القاضي ابن كج وجهاً[١]: أنه يستحق، لأنه جعل سكنى الدار في مقابلة رفع اليد عنها، وأنه عوضٌ فاسدٌ فيرجع إلى أجرة المثل.

ولو صالحه عنها على أن يسكنها سنة بمنفعة عبده[٢] سنةً فهو كما لو آجَر داره سنة بمنفعة عبده[٣] سنة.

الرابع: صالحه عن الزرع الأخضر بشرط القطع جاز، ودون هذا الشرط لا يجوز. ولو كانت الـمُصالَحَةُ عن الزرع مع الأرض فلا حاجة إلى شرط القطع في أصح الوجهين. ولو كان التنازع في نصف الأرض[٤] ثم أقرَّ المدعى عليه وتصالحا عنه على شيء لم يَجُزْ. وإن شرطا القطع كما لو باع نصف الزرع مشاعاً لا يجوز، شَرَطَ القطع أو لَمْ يشترطه[٥]. والله أعلم.

* * *

(١) في (ظ): (وجهاً له).
(٢) في (ز) و(ظ): (عبد).
(٣) في (ز) و(ظ): (عبد).
(٤) في (ظ): (الزرع).
(٥) في (ط الفكر) و(ظ): (يشرط)، وفي (ز): (يشرطه).

قال:

(هذا كلُّه في الصُّلحِ على الإقرار، فأما الصُّلحُ على الإنكار، فلا يصحّ (ح)؛ كما إذا قال: صالِحني على[1] دعواكَ الكاذبة، أو عن دعواك، أو صالِحني مطلقاً، فإن قال: بعني الدّارَ التي تدَّعيها، فهو إقرارٌ فيصحّ، وإن قال: صالِحني عن الدّار[2] فالظاهرُ أنه ليسَ بإقرارٍ، والصُّلحُ باطلٌ. وفي صلحِ الحطيطةِ على الإنكارِ في العَينِ وجهان، لأنه في حُكمِ الهبةِ للبعضِ بزعمِ صاحبِ اليد، وكذا الخلافُ في صلحِ الحطيطةِ في الدَّين).

الوجه الثاني من وجهي الصلح الجاري بين المتداعيَيْن، هو: الصلح الجاري على الإنكار، فينظر: إن جرى على غير[3] المدعى فهو باطل، خلافاً لأبي[4] حنيفة ومالك[5] وأحمد[6].

لنا: القياس على ما إذا أنكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شيء.

وصورة الصلح على الإنكار: أن يدعي عليه داراً مثلاً فينكر ثم يتصالحان على ثوب أو دين. ولا يكون طلب[7] الصلح منه إقراراً، لأنه ربما يريد قطع الخصومة. هذا إذا قال: «صالحني مطلقاً». وكذا لو قال: «صالحني عن دعواك الكاذبة»، أو قال:

---

(١) في (ز): (عن).

(٢) من قوله: (فهو إقرارٌ) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) كذا في (ظ) و(ط الفكر) و«الروضة» و«الروض» (٢/ ٢١٦)، وفي (ز): (عين) وهو خطأ.

(٤) «مجمع الأنهر» (٢/ ٣١٣).

(٥) «الشرح الكبير» (٣/ ٣١١).

(٦) «كشاف القناع» (٣/ ٣٩٧).

(٧) في (ظ): (طالب).

«صالحني عن دعواك». بل الصلح عن الدعوى لا يصحّ مع الإقرار أيضاً، لأن مجرد الدعوى لا يعتاض عنها، ولو قال بعد الإنكار: «صالحني عن الدار التي ادعيتها» فوجهان:

أحدهما: أنه إقرار لأنه طلب منه التمليك، وذلك يتضمن الاعتراف بالملك، فصار كما لو قال: «ملّكني».

وأصحهما: أنه ليس بإقرارٍ، لأن الصلح في الوضع هو الرجوع إلى الموافقة وقطع الخصومة، فيجوز أن يكون المراد قطع الخصومة في المدعى لا غير.

فعلى هذا يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلحاً على الإنكار. ولو قال: «بعنيها» أو: «هبها مني» فالمشهور أنه إقرارٌ؛ لأنه[1] صريح في التماس التمليك. وعن الشيخ أبي حامد أنه كقوله: «صالحني». وفي معناه ما[2] إذا كان التنازع في جارية فقال: «زوجنيها». ولو[3] قال: «آجرني» أو: «أعرني» فأولى أن لا يكون إقراراً، ولو كان النزاع في دين فقال: «أبرئني» فهو إقرار[4]. ولو أبرأ المدعي[5] المدعى عليه وهو منكر، وقلنا: لا يفتقر الإبراء إلى القبول، صح الإبراء بخلاف الصلح؛ لأنه مستقل بالإبراء فلا حاجة فيه إلى تصديق الغير[6]. ولهذا لو أبرأه بعد التحليف صح، ولو تصالحا بعد التحليف لم يصح[7].

---

(١) في (ط الفكر): (ودونه).

(٢) سقط: (ما) من (ز).

(٣) في (ظ): (و).

(٤) من قوله: (ولو كان) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) أي: الغريم بخلاف الصلح.

(٧) في (ط الفكر): (ولو صالحه لم يصح).

وإن جرى الصلح على الإنكار على بعض العين المدعاة وهو صلح الحطيطة في العين فوجهان:

أحدهماـ وبه قال القفال ـ: أنه صحيح؛ لأن المتصالحين متوافقان على أن النصف مستحق للمدعي؛ أما المدعي فإنه يزعم استحقاقَ الكل، وأما المدَّعى عليه فإنه يسلم النصف له بحكم هبته منه[1] وتسليمه إليه، فإذنْ الخلاف بينهما في جهة الاستحقاق.

والثانيـ وبه قال الأكثرون ـ: أنه باطل كما لو كان على غير المدعي. قالوا: ومهما اختلف القابض والدافع في الجهة، فالقول قول الدافع. ألا ترى أنه لو دفع دراهم إليه وقال: «دفعتها عن الدين الذي به الرهن»، وأنكر القابض، أو دفع إلى زوجته دراهم وقال: «دفعتها عن الصداق»، وقالت: «بل هي هدية»، فالقول قول الدافع، وإذا كان كذلك فالدافع يقول: «إنما بذلت النصف لدفع الأذى حتى لا يرفعني إلى القاضي ولا يقيم عليّ[2] بينةَ زورٍ».

وإن كان المدعَى ديناً وتصالحا على بعضه على الإنكار، نظِر: إن صالحه عن ألفٍ على خمسمئة مثلاً في الذمة لم يصح، لأن في التصحيح تقديرَ الهبة، وإيراد الهبة على ما في الذمة ممتنعٌ، وإن أحضر خمسمئة وتصالحا من المدعى عليها، فهو مرتب على صلح الحطيطة في العين؛ إن لم يصح ذلك، فهذا أولى، وإن صح ففيه وجهان.

والفرق أن ما في الذمة ليس ذلك المعين المحضر، وفي الصلح عليه معنى المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الإنكار، واتفق الناقلون[3] على أن وجه البطلان هاهنا أرجح.

---

(١) سقط من (ز).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ز): «القائلون». (م ع).

ولو تصالحا ثم اختلفا في أنهما تصالحا على الإنكار أو على الإقرار؟ ذكر القاضي ابن كج أن القول قول من يدعي الإنكار، لأن الأصل أن لا عقد، ولك أن تخرجه على الخلاف الذي سبق في نزاع المتعاقدين في أن العقدَ الجاري بينهما كان صحيحاً أو فاسداً[1]؟ والله أعلم.

قال:

(وإن جاءَ أجنبيٌّ وصالحَ من جهةِ المدَّعى عليه، وقال: هو مقِرٌّ، صَحَّ؛ نظراً إلى تَوافقِ المتعاقدَين. وإن قال: هو منْكِرٌ، ولكنه مبطلٌ في الإنكار، فالنَّظرُ إلى مباشرِ العَقدِ وهو مقرٌّ، أو إلى من له العقدُ وهو مُنكِر؟ فيه خلاف (و)، ولو صالحَ لنفسِه وزعمَ أنه قادرٌ على الانتزاع؛ فالأظهَر: (و) الصِّحّة).

القسم الثاني من قسمي الصلح، ما يجري بين المدعي وبين الأجنبي، وذلك إما أن يكون مع إقرار المدعى عليه ظاهراً أو دونه.

الحالة الأولى: أن يكون مع إقراره ظاهراً، فإما أن يكون المدعى عيناً أو ديناً.

إنْ كان عيناً، وقال الأجنبي: «إن المدعى عليه وكَّلَني في مصالحتك له على نصفِ المدعى»، أو: «على هذا العبد من ماله»، فتصالحا عليه، صح الصلح. وكذا لو قال: «وكّلني لمصالحتك عنه على عشرة في ذمته»، ثم إن كان صادقاً في الوكالة صار المدعى للمدعى عليه، وإلّا فهو شراء الفضولي، وقد سبق حُكمه وتعريفه[2]. وإن

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٩٩): «قلت: الصواب ما قاله ابن كج. وقد صّرح به أيضاً الشيخ أبو حامد وصاحب «البيان» وغيرهما. والفرق أن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة والغالب وقوع الصلح على الإنكار. والله أعلم».

(٢) في (ز) و(ظ): (وتفريعه).

قال: «أمرني بالمصالحة له على هذا العبد من ملكي فصالحه عليه»، فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه، بإذن ذلك الغير، وقد مرَّ الخلاف في أنه يصحُّ أو لا يصحُّ؟ وإن صحَّ فما يعطيه قرضٌ أو هبة؟

ولو صالح الأجنبي لنفسه بعين ماله، أو بدين في ذمته صح، كما لو اشتراه.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه على وجهين، كما إذا قال ابتداءً لغيره من غير سبق دعوى وجوابٍ: «صالحني من دارك هذه على ألف»، لأنه لم يَجْرِ مع الأجنبي خصومة فيه. قال: وهذه الصورة أولى بالصحة، لأن اللفظ[1] مرتب على دعوى وجوابٍ، فيُكتفى به[2] في استعمال لفظ الصلح. وإن كان المدعى ديناً وقال: «وكّلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه» أو: «على هذا الثوب من ماله» فصالحه، صح. ولو قال: «على هذا الثوب[3] وهو ملكي»، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح، لأنه يبيع شيئاً بدين الغير[4].

والثاني: يصح، ويسقط الدين كما لو ضمن ديناً وأدى عنه عوضاً[5].

ولو صالح لنفسه على عين أو دين في ذمته، فهو ابتياع دين في ذمة الغير[6]، وقد بينَّا حكمه في موضعه.

---

(١) أي: الصلح.

(٢) في (ط الفكر): (فيه).

(٣) من قوله: (من ماله) إلى هنا سقط من (ز).

(٤) في (ط الفكر): (لأنه يبيع ديناً بعين).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٠): «قلت: الأول أصح، والله أعلم».

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٠): «قلت: لو قال: صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمئة صح، سواء كان بإذنه أم لا. لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز. والله أعلم»، وفي (ز): (عرضاً).

والثانية[١]: أن يكون[٢] إنكاره ظاهراً، فإذا جاء الأجنبيُّ وقال: «أقرَّ المدعى عليه ووكلني في مصالحتك له إلّا أنه لا يُظْهِرُ إقرارَهُ خِيفةَ أن تنتزعه منه[٣]» فصالحه، صح، لأن قول الإنسان في دعوى الوكالة مقبولٌ في البيع والشراء وسائر المعاملات. وإن قال الأجنبي: «هو منكر لكنه[٤] مبطل في الإنكار، فصالحني له على عبدي هذا، لتنقطع الخصومة بينكما» فصالحه[٥]، فوجهان:

أظهرهما ـ على ما قاله الإمام ـ: أنه غير صحيح، لأنه صلح واقع لمنكر[٦].

والثاني: يصح لأن المتعاقدين متوافقان، والاعتبار في شرائط العقد بمن يباشر العقد.

هذا إذا كان المدعى عيناً، فإن كان ديناً فطريقان:

أحدهما: أنه على الوجهين.

وأصحهما: القطع بالصحة؛ والفرق: أنه لا يمكن تمليك الغير عين ماله[٧] بغير إذنه، ويمكن قضاء دين الغير[٨] بغير إذنه. وإن قال: «هو منكر وأنا أيضاً لا أعلم صِدْقَكَ[٩]» وصالحه مع ذلك، لم يصح سواء كان المصالَح عليه له أو للمدعى

---

(١) سقطت الواو من (ز).

(٢) في (ز): (يكون مع).

(٣) سقط من (ط الفكر).

(٤) سقط من (ظ).

(٥) سقط من (ز).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٥٧).

(٧) في (ز): (لا يمكن تمليك عين مال الغير).

(٨) من قوله: (عين ماله بغير إذنه) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٩) في (ز): (وأنا اعلم أيضاً صدقك).

عليه، كما لو جرى الصلح مع المدعى عليه[١] وهو منكر. وإن قال: «هو منكر ومبطل في الإنكار[٢] فصالحني نفسك[٣] بعبدي هذا أو بعشرة[٤] في ذمتي لآخذه منه»، فإن كان المدعى ديناً فهو ابتياع دين في ذمة الغير، وإن كان عيناً فهو شراء غير الغاصب المغصوب فينظر في قدرته على الانتزاع وعجزه، وحكم الجانبين[٥] مبين في أول البيع. فلو صالحه وقال: «أنا قادر على الانتزاع» فوجهان:

أظهرهما: أنه يصح[٦] اكتفاءً بقوله.

والثاني: لا، لأن الملك في الظاهر للمدعى عليه وهو عاجز عن انتزاعه.

قال الإمام: والوجه أن يفصل فيقال: إن كان الأجنبي كاذباً فالعقد باطل باطناً، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه الوجهان، وإن كان صادقاً حكِم بصحة العقد باطناً وقطِع بمؤاخذته، لكن لا تُزال يد المدعى عليه إلّا بحجةٍ[٧].

وقوله في الكتاب: (وإن جاء أجنبي وصالح من جهة المدعى عليه وقال: هو مقر، صح، نظراً إلى توافق المتعاقدين)[٨]، أراد الحالة الثانية، وهي أن يكون الصلح مع إنكار المدعى عليه ظاهراً على ما أفصح به في «الوسيط»، ويمكن حمله من جهة اللفظ على الحالة الأولى أيضاً.

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) في (ز): (إنكاره).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (لنفسي).

(٤) في (ط الفكر): (بغيره).

(٥) في (ز) و(ظ): (الحالتين).

(٦) في (ز) و(ظ): (يصح العقد).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٥٧).

(٨) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٥٢).

وقوله في المسألة بعده: (ففيه خلاف)، محمول على ما إذا كان المدعى عيناً، وإن أراد تعميم الخلاف في العين والدين كان جواباً على أحد الطريقين، ويجوز إعلام قوله: (خلاف)، بالواو لما سبق.

فرع جارٍ مجرى المثال لما ذكرناه:

ادَّعى مُدَّعٍ على ورثة ميت داراً من تركته وزعم أن الميت غصبها منه، وأقروا به، جاز لهم مصالحته، فإن دفعوا إلى واحد منهم ثوباً مشتركاً بينهم ليصالح عليه جاز، وكان عاقداً لنفسه ووكيلاً عن الباقين. ولو قالوا لواحد[١]: «صالحه عنّا على ثوبك» فصالح عنهم، فإن لم يسمهم في الصلح فالصلح يقع عنه، وإن سماهم فوجهان في أن التسمية هل تلغى؟ وإن لم تلغَ، فالصلح يقع عنهم والثوب هبة منهم[٢] أو قرض عليهم؟ فيه وجهان، وإن أُلغيت فالصلح كله للعاقدين أو يبطل في نصيب الشركاء؟ ويخرج حصته على قولي تفريق الصفقة؟[٣] فيه وجهان[٤]، وإن صالحه أحدهم على مال[٥] دون إذن الباقين ليملك جميع الدار جاز. وإن صالح لتكون[٦] الدار له ولهم جميعاً لغا[٧] ذكرهم، وعاد الوجهان في أن الكل يقع له أو يبطل في نصيبهم؟ ويخرج في نصيبهم على الخلاف في التفريق[٨]. والله أعلم.

---

(١) سقط من (ز).

(٢) أي: لهم.

(٣) من قوله: (وإن ألغيت) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٤) قوله: (فيه وجهان) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ز): (ماله)، وفي (ظ): (مال له).

(٦) في (ز): (ليكون جميع).

(٧) في (ز): (ألغى).

(٨) في (ز): (تفريق الصفقة).

قال:

(وإذا أسلمَ الكافرُ على عشرِ نسوة، وماتَ قبلَ التَّعيين، صحَّ اصطلاحُهنَّ في قسمةِ[1] الميراثِ مع التَّفاوتِ في المقدار، وكان مسامحةً، وصَحَّ مع الجهلِ للضَّرورة، ولا يصحُّ[2] الصُّلحُ على غيرِ التَّرِكة، لأنه معاوضةٌ من غيرِ ثبتٍ في استحقاقِ المعوَّض).

إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة يختار أربعاً منهن على ما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى، فإن مات قبل الاختيار والتعيين يوقف[3] الميراث بينهن، فإن اصطلحن على الاقتسام على تفاوت أو تساوٍ مُكِّنَّ منه.

واحتج مجوِّزو الصلح على الإنكار بهذه المسألة، لأن كل واحدة منهن تنكر نكاح من سواها وسوى ثلاث معها، فالصلح الجاري بينهن صلح على الإنكار. قال الأصحاب: هن بين أمرين، إن اعترفن بشمول الأشكال فليست واحدة منهن بمنكرة[4] لغيرها ولا مدعية لنفسها في الحقيقة، وإنما تصح القسمة والحالة هذه مع الجهل بالاستحقاق للضرورة، وتعذر التوقف[5] لا إلى نهاية، وإن زعمت كل واحدة منهن على الوقوف على اختيار الزوج إياها، فكل من أخذت شيئاً تقول: «الذي أخذته بعض[6][7] حقي وسامحت الباقيات بالباقي وتبرعت»، والمالك غير ممنوع

(١) سقط من (ز).
(٢) في (ز): (ولا يجوز).
(٣) في (ظ): (يقف).
(٤) سقط من (ظ).
(٥) في (ز) و(ظ): (التوقيف).
(٦) سقط من (ز).
(٧) قوله: (أخذته بعض) سقط من (ظ).

من التبرع، وقد ذكرنا فيما إذا ادَّعى على غيره عيناً فأنكر ثم تصالحا على[١] حطيطةٍ من قبلُ وجهين، فمن صححه احتج بهذه المسألة وقال: إن الاقتسام الجاري بينهن صلح على الحطيطة. ومن لم يصححه فرَّق بأن المال ثَمَّ في يد المدعى عليه، وفصْل الأمر ممكن بتحليفه، وهاهنا استوت الأقدار[٢]، ولا طريق إلى فصل الأمر سوى اصطلاحهن.

ولو اصطلحن على أن تأخذ[٣] ثلاثٌ أو أربعٌ منهن المال الموقوف ويبذلن للباقيات عوضاً من خالص مالهن لم يجز، لأن الصلح هكذا بذل عوض مملوك في مقابلة[٤] ما لم يثبت ملكه، ومن أخذ عوضاً في معاوضة لا بد أن يكون مستحقاً للمعوض، فإذا لم يكن الاستحقاق معلوماً لم يجز أخذ العوض عليه[٥].

ولا يخفى عليك مما أجريته في المسألة السبب الداعي إلى إيرادها في هذا الموضع.

واعلم أن جميع ما ذكرناه مبني على وقف الميراث لهن، وفيه كلام آخر مذكور في نكاح المشركات.

ومن[٦] نظائر المسألة: ما إذا طَلَّقَ إحدى امرأتيه، ومات قبل البيان، وقفنا لهما الربع أو الثمن واصطلحتا، وما إذا ادَّعى اثنان وديعةً في يد الغير، وقال المودع: «لا أدري إنه لأيِّكما؟»، وما إذا تداعيا داراً في يدهما، وأقام كل واحد منهما بينةً ثم اصطلحا

---

(١) في (ز) و(ظ): (صلح).

(٢) في (ز): «الأقدام». (م ع).

(٣) في (ظ): (يأخذن).

(٤) قوله: (في مقابلةً) سقط من (ز).

(٥) سقط من (ز) و(ظ).

(٦) في (ط الفكر) و(ظ): (وفي).

أو في يد ثالث، وقلنا: لا تتساقط البينتان بالتعارض[1] فاصطلحا[2]. والله أعلم.

---

(١) أي: قلنا باستعمال البينتين.

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٢ - ٢٠٣): (قلت: وهذه المسائل تتعلق بالباب:

إحداها: ادَّعى داراً فأقرَّ فصالحه على عبد فخرج مستحقاً أو رده أو هلك قبل القبض، رجعت الدار إلى الأول. وإن وجد به عيباً بعدما هلك أو تعيب في يده أخذ من الدار بقدر ما نقص من قيمة العبد، كما لو باعها بعبد.

الثانية: ادَّعى عليه داراً فأنكره فقال المدعي: أعطيتك ألفاً وتقر لي بها. ففعل فليس بصلح. ولا يلزم الألف، بل بذله وأخذه حرام. وهل يكون هذا إقراراً؟ وجهان في «العدة» و«البيان».

الثالثة: صالح أجنبي عن المدعى عليه بعوض معين، فوجده المدعي معيباً فله رده ولا يرجع ببدله، بل ينفسخ الصلح ويرجع إلى خصومة المدعى عليه، وكذا لو خرج العوض مستحقاً. ولو صالحه على دراهم في الذمة فأعطاه دراهم فوجدها معيبة وردها أو خرجت مستحقة فله المطالبة ببدلها.

الرابعة: قال الشافعي: لو اشترى رجل أرضاً وبناها مسجداً فجاء رجل فادعاها، فإن صدقه المشتري لزمه قيمتها، وإن كذبه فصالحه رجل آخر صح الصلح، لأنه بذل مال على جهة القربة، ولأن القيمة على المشتري، لأنه وقفه، والصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه جائز.

الخامسة: لو أتلف عليه شيئاً قيمته دينار فأقر به وصالحه على أكثر من دينار لم يصح، لأن الواجب قيمة المتلف، فلم يصح الصلح على أكثر منه، كمن غضب ديناراً فصالح على أكثر منه، ولو صالحه عنه بعوض مؤجل لم يصح.

السادسة: سبق في أول الباب أن الصلح عن المجهول لا يصح. قال الشافعي: لو ادَّعى عليه شيئاً مجملاً فأقر له به وصالحه عنه على عوض صح الصلح. قال الشيخ أبو حامد وغيره: هذا إذا كان المعقود عليه معلوماً لهما. فيصح وإن لم يسمياه. كما لو قال: بعتك الشيء الذي نعرفه أنا وأنت بكذا، فقال: اشتريت، صح.

السابعة: إذا أنكر المدعى عليه، ووكل أجنبياً ليصالح كما سبق، فهل يحل له التوكيل؟ وجهان: قال ابن سريج: يحرم عليه الإنكار، ولو فعله فله التوكيل في المصالحة. وقال أبو إسحاق: يحرم عليه أيضاً التوكيل، ولو مات مورثه وخلف عيناً فادَّعاها رجل فأنكره ولا يعلم صدقه وخاف من اليمين جاز أن يوكل أجنبياً في الصلح لتزول الشبهة، حكاه في «البيان». والله أعلم».

قال رحمه الله:

(الفصل الثاني:

في التَّزاحمِ على الحقوقِ في الطُّرقِ والحيطانِ والسُّقوف

أما الطُّرق، فالشَّوارعُ على الإباحة؛ كالموات، إلّا فيما يُمنَعُ الطروق، فلكلِّ واحدٍ (ح) أن يتصرَّفَ في هوائِه بما لا يَضرُّ بالمارّة، ولا يَمنعُ الجملَ[1] معَ الكنيسة، وكذلك يَفتحُ إليه الأبواب، والأظهَر (و): جوازُ غرسِ شجرةٍ وبناءِ دكّةٍ إذا لم يَضقِ الطَّريقُ أيضاً).

غرض الفصل الكلام في المزاحمات والتصرفات الواقعة في المشتركات، إما اشتراك عمومٍ كالطرق، أو خصوصٍ كالجدران والسقوف.

أما الطريق فينقسم إلى نافذ وغيره.

القسم الأول: النافذ، وهو الذي أراده بالتنازع[2]، فالناس كلهم يستحقون المرورَ فيه، وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور، ولا[3] أن يشرع جناحاً[4] أو يتخذ على جدرانه ساباطاً[5] يضر بالمارة، وإن لم يضر فلا يمنع منه، وبه قال مالك[6].

---

(١) في (ز): (المحمل).

أقول: سيأتي في كلام الشارح اختلاف النسخ في هذا اللفظ وتوجيه معناه على الاحتمالين. (م ع).

(٢) في (ز) و(ظ): (بالشارع).

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (لا).

(٤) جِنْحُ الطريق بالكسر: جانبه، «المصباح المنير»، مادة: جنح.

(٥) هي سَقِيفةٌ تحتها مَمَرٌّ نافذ. «المصباح المنير»، مادة: سبط.

(٦) «جواهر الإكليل» (٢/ ١٢٣)، و«مواهب الجليل» (٥/ ١٧٢).

وقال أبو حنيفة[1]: لا اعتبار بالضرر وعدمه، ولكن إن خاصمه إنسان فيه نُزِعَ، وإن لم يضر، وإلّا ترك.

وقال أحمد[2]: لا يجوز إشراع الجناح بحال إلّا إذا أذن فيه الإمام.

لنا: اتفاق الناس على[3] إشراع الأجنحة في جميع الأعصار من غير إنكار، وأيضاً فإن النبي ﷺ نصب بيده ميزاباً في دار العباس[4] فنقيس الجناح عليه.

ونرجع في الضرر وعدمه إلى حال الطريق، فإن كان ضيقاً لا تمر فيه الفرسان والقوافل، فينبغي أن يكون مرتفعاً بحيث يمر المارُّ تحته منتصباً، وإن كانوا يمرون فيه فليَنْتَهِ[5] الارتفاع إلى حدٍّ يمر تحته الراكب منتصباً بل المحمل مع الكنيسة[6] على

---

(١) قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: «جاز إحداث هذه الأشياء إن لم يضر بالعامة ولم يمنع منه، فإن كان يضر بالعامة لا يجوز إحداثه لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضِرار»، وأما الخصومة فيه، فلكل واحد من أهل الخصومة مسلماً كان أو ذمياً مَنْعه ابتداءً، ومطالبته بنقضه ورفعه بعد البناء، وسواء كان فيه ضرر أو لا. وهذا إذا كان الإحداث بغير إذن الإمام، لأن التدبير في أمور العامة مفوض إلى رأي الإمام». انظر: «الدر المختار ورد المحتار» (٤/ ٣٨٠)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٦٥١).

(٢) «كشاف القناع» (٣/ ٤٠٦).

(٣) من قوله: (إشراع الجناح) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) أخرجه أحمد والبيهقي والحاكم، وكلهم بأسانيد ضعيفة، كما قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٥).
أقول: أخرجه بنحوه أحمد في «مسنده» (١/ ٢١٠)، والحاكم في «المستدرك» (٣/ ٣٣١)، وعبد الرزاق في «المصنف» برقم (١٥٢٦٤) وغيرهم. قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٠٦): «رواه أحمد ورجاله ثقات، إلّا أن هشام بن سعد لم يسمع من عبيد الله بن عباس». والحديث حسن بمجموع طرقه. (م ع).

(٥) أي: فليكن.

(٦) الكنيسة: شبه الهَوْدَج، يُغْرَزُ في المحمل أو في الرحل قُضْبَانٌ ويلقى عليه ثوبٌ يستظل به الراكب ويستتر به، والجمع كنائِس، «المصباح المنير»، مادة: كنس.

رأسه[١] [٢] على البعير. لأنه وإن كان نادراً فقد يتفق، ولا تشترط الزيادة عليه على الصحيح[٣].

وقال أبو عبيد بن حَرْبَوَيْه: يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب تحته[٤] منصوب الرمح، وضعّفه النقلة بالاتفاق، وقالوا: وضع أطراف الرماح على الأكتاف ليس بِعَسِيرٍ.

ويجوز لكل أحد أن يفتح إلى الشارع من ملكه الأبواب كيف شاء.

وأما نصب الدكة[٥] وغرس الشجرة، فإن تضيق الطريق به وضرَّ بالمارة فهو ممنوع منه، وإلّا فوجهان:

أحدهما: الجواز كالجناح الذي لا يضر بهم.

والثاني: المنع، لأن المكان المشغول بالبناء والشجر، لا يتأتى فيه الطروق[٦]، وقد تزدحم المارة ويعسر عليهم المراقبة فيصْطَكُّونَ[٧] بها، وأيضاً: فإنه إذا طالت المدة أشبه مكان البناء والغراس الأملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه بخلاف الأجنحة.

ويحكى الوجه الأول عن اختيار القاضي، وهو أظهر عند المصنف، ولم يورد في

---

(١) في (ز): (منتصباً الكنيسة مع المحمل المنصوبة على رأسه).

(٢) أي: فوقه.

(٣) قوله: (على الصحيح) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ظ): (البركة). قلت: الدَكَّةُ: المكان المرتفع يجلس عليه، وهو المِسْطبَةُ، معرَّبُ. «المصباح المنير»، مادة: دكك.

(٦) سقط من (ظ).

(٧) أي: تضاربوا بها. «لسان العرب»، مادة: صكك.

«التهذيب» سواه، لكن أصحابنا العراقيين والشيخ أبا محمد أجابوا بالثاني، وإليه مال الإمام وهو أقوى في المعنى[١].

ولا يجوز أن يصالح عن إشراع الجناح على شيء، أما إذا صالح الإمامُ فلأن الهواء لا يفرد بالعقد، وإنما يتبع القرارَ كالحمل مع الأم، وأيضاً فلأنه إن كان مضراً فما يمنع للضرر[٢] لا يجوز بالعوض كالبناء الرفيع في الطريق، وإن لم يكن مضراً فهو جائز، وما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أن يُؤْخَذَ منه عوضٌ كالمرور، وأما إذا صالحه واحدٌ من الرعية فللمعنى الأول، وأيضاً فلأنه ليس بالمستحق ولا هو نائب المستحقين.

ولو أشرع جناحاً لا ضرر فيه ثم انهدم أو هدمه فأشرع آخر في محاذاته جناحاً لا تمكن معه إعادة الأول جاز، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه، يجوز لغيره الارتفاقُ به، هكذا قالوه، ولك أن تقول: المرتفق بالقعود لمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع، وإنما يبطل بالسفر والإعراض عن الحرفة، كما سيأتي في إحياء الموات، فقياسه أن لا يبطل حقه بمجرد الانهدام والهدم، بل يعتبر إعراضه عن ذلك الجناح ورغبته عن إعادته[٣].

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٤٨)، «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٦٥).

(٢) في (ط الفكر): (الضرر).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٥): «قلت: إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق ثم فارق موقفه أو قعد للاستراحة ونحوها، فلا يَرِدُ اعتراض الإمام الرافعي رحمه الله. قال أصحابنا: ولو أخرج جناحاً تحت جناح من يحاذيه لم يكن للأول منعه، إذ لا ضرر. ولو أخرج فوق جناح الأول، قال ابن الصباغ: إن كان الثاني عالياً لا يضرّ بالمارّ فوق جناح الأول لم يمنع، وإلّا فله منعه. ولو أخرج مقابلاً له لم يمنع إلّا أن يعطل انتفاع الأول، ولو كان الأول قد أخذ أكثر هواء الطريق لم يكن لجاره مطالبته بتقصير جناحه ورده إلى نصف الطريق، لأنه مباح سبق إليه. والله أعلم».

أما لفظ الكتاب فقوله: (فالشوارع على الإباحة كالموات)، معناه أنها منفكة عن الملك والاختصاصِ كالموات، والأصل فيها الإباحةُ وجواز الانتفاع إلّا فيما يقدح في مقصودها وهو الطروق، ويستوي في الحكم الجوادّ الممتدة في الصحارى والبلاد.

قال الإمام: وصيرورة الموضع شارعاً له طريقان:

أحدهما: أن يجعل الإنسان ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلاً.

والثاني: أن يحيي جماعة خطة قريةٍ أو بلدةٍ ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور والمساكن ويفتحوا إليه الأبواب.

ثم حكى عن شيخه ما يقتضي طريقاً ثالثاً وهو: أن يصير موضع من الموات جادة ميتاً يطرقها الرفاق، فلا يجوز تغييره[1]. وأنه كان يتردد في بنيان[2] الطريق التي يعرفها الخواص ويسلكونها، وكل موات يجوز استطراقه، ولكن لا يمنع من إحيائه وصرف الممر عنه فليس له حكم الشوارع[3].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٧٠).

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (بيان).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٦): «قلت: قال الإمام ولا حاجة إلى لفظ في مصير ما يجعل شارعاً. قال: وإذا وجدنا جادة مستطرقة ومسلكاً مشروعاً نافذاً حكمنا باستحقاق الاستطراق فيه، بظاهر الحال، ولم نلتفت إلى مبدأ مصيره شارعاً. وأما قدر الطريق فَقَلَّ مَنْ تعرّض لضبطه وهو مهم جداً. وحكمه: أنه إن كان الطريق من أرض مَمْلوكة يسبلها صاحبها فهو إلى خيرته، والأفضل توسيعها. وإن كان بين أراض يريد أصحابها إحياءها، فإن اتفقوا على شيء فذاك، وإن اختلفوا فقدره سبع أذرع، وهذا معنى ما ثبت في صحيحي البخاري ومسلم عن أبي هريرة: قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق أن يجعل عرضه سبع أذرع.

ولو كان الطريق واسعاً لم يجز لأحد أن يستولي على شيء منه، وإن قل يجوز عمارة ما حوله من الموات، ويملكه بالإحياء بحيث لا يضر بالمارة. ومن المهمات المستفادة أن أهل الذمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة، وإن جاز لهم استطراقها، لأنه كإعلائهم البناء على بناء المسلمين =

وقوله: (بما لا يضر بالمارة)، لك فيه مباحثة، وهي أن هذه اللفظة، ولفظ عامة الأصحاب تقتضي المنع من كل ما يضر بالمرور، ثُمَّ الأكثرون في الفرق بين المضر وغير المضر لم يتعرضوا إلّا للانخفاض والارتفاع. ومعلوم أن جهة الإضرار لا تنحصر في الارتفاع و[1]الانخفاض، بل منع الضياء وإظلام[2] الموضع يضر بالمرور أيضاً، فهل هو مؤثر أم لا؟

والجواب أن طائفة من الأئمة منهم ابن الصباغ ذكروا أنه غير مؤثر.

لكن قضية[3] المعنى، وظاهر لفظ الشافعي، وأكثر الأصحاب: تأثيره، وقد نصَّ عليه منصور التميمي في «المستعمل» حيث قال: ووجه إضراره[4] -يعني الجناح- شدة[5] إظلامه[6] أو منعه الضياء.

وفي «التتمة»: أنه إن انقطع الضوء بالكلية أثر، وإن انتفض[7] فلا مبالاة به.

وقوله: (ولا يمنع المحمل مع الكنيسة)، في بعض النسخ: (الجمل مع الكنيسة)، وهو صحيح أيضاً؛ أي مع الكنيسة فوق المحمل المحمول على الجمل. والله أعلم.

= أو أبلغ. هذا هو الصحيح. وذكر الشاشي في جوازه وجهين.

ومن أخرج جناحاً على وجه لا يجوز، هدم عليه. والله أعلم».

(١) سقط من (ز) و(ظ).

(٢) في (ظ): (الظلام).

(٣) أي: مقتضى.

(٤) في (ظ): (ضرره).

(٥) في (ظ) و(ز): (من شدة).

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (تطامنه).

(٧) أي: نقص.

قال:

(والسِّكّةُ المنسدَّة الأسفلِ: عندَ العراقيِّينَ كالشَّوارِع، وعندَ المراوزةِ هي ملكٌ مشتركٌ بينَ سكّانِ السِّكّة، وشركةُ كلِّ ساكن، هل ينحطُّ من بابِ دارِه إلى أسفلِ السِّكّة؟ فيه تردُّد. ولا يجوزُ إشراعُ الجناحِ وفتحُ بابٍ جديدٍ إلّا برضاهم، ورضاهم إعارةٌ يجوزُ الرُّجوعُ عنه. ولو فتحَ بابَ دارٍ أخرى في دارِه التي هي في سكّةٍ مُنسدّةٍ الأسفل، أو فتحَ من تلكَ الدّارِ باباً ثانياً في السِّكّةِ فوقَ البابِ الأوّل، تردّد[1]؛ لأنه يكادُ يكونُ زيادةً على الانتفاعِ المستحَقّ. وأما فتحُ السُّكوفةِ[2] فلا مَنعَ منه).

القسم الثاني: غير النافذ، كالسكة المُنْسَدَّة الأسفل، ونتكلم فيها في ثلاثة أمور:

أولها: إشراع الجناح، ولا خلاف في أن إشراع الجناح إليها غير جائز لغير أهل السكة، وفيهم وجهان:

قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه: لكل واحد منهم الإشراعُ إذا لم يضر الباقين؛ لأن كلاً منهم له الارتفاق بقرارها، فليكن له الارتفاق بهوائها، كالشارع. وعلى هذا فلو كان مضراً ورضي أهل السكة جاز، لأن الحق لهم بخلاف سكة[3] الشارع، فإن رِضَا جميع المسلمين مُتعذِّر التحصيل.

وذكر الأكثرون منهم القاضي أبو حامد وأبو الطيب الطبري: أنه لا يجوز إلّا برضاهم، تَضَرَّرُوا أم لا، لأن السكة مخصوصةٌ بهم، فلا يتصرف فيها دون رضاهم،

(١) في (ز): (ففيه تردد).

(٢) في (ز): (الكوة).

(٣) في (ظ): (مثله)، وفي (ط الفكر): (مثله في).

وهذا كما أنه لا يجوز إشراع الجناح إلى دار[1] الغير بغير رضاه وإن لم يتضرر، ويحكى هذا عن أبي[2] حنيفة.

وعلى الوجهين: لا يجوز لهم أن يصالحوه على شيءٍ، لما مرَّ أن الهواء تابع فلا يفرد بالمال صلحاً كما لا يفرد به بيعاً، وكذا الحكم في صلح مالك[3] الدار عن الجناح المشروع[4] إليها.

ونعني بأهـل السكـة كل من له باب نافـذ إليها دون من يـلاصق جدار داره السكة من غير نفوذِ بابٍ.

وهل الاستحقاق[5] في جميعها لجميعهم أو شركة كل واحد مختصٌ بما بين رأس السكة وباب داره ولا ينحط[6] عنه؟ فيه وجهان:

أظهرهما ـ وهو الذي أورده القاضي ابن كج ـ: اختصاصُ كلِّ واحدٍ منهما بما بين رأس السكة وباب داره، لأن ذلك القدر هو محل تردده ومروره، وما عداه فحكمه فيه حكم غير أهل السكة.

ووجه الثاني: أنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بجميع الصحن لطرح الأثقال عند[7] الإخراج والإدخال.

---

(١) في (ظ): (ملك).

(٢) «رد المحتار» (٥/ ٣٨٠).

(٣) في (ط الفكر): (ملك صاحب).

(٤) في (ز): «المُشرَّع». (م ع).

(٥) أي: حق الاشتراك.

(٦) في (ط الفكر): (ولا يتخَطَّى).

(٧) في (ظ): (عن).

وهذا الخلاف يظهر تأثيرُه[١] على الصحيح في منع إشراع الجناح إلّا برضاهم، فعلى القول باشتراك الكل في الكل[٢] يجوز لكل واحد من أهل السكة المنع، وعلى الوجه الآخر[٣] إنما يجوز المنع لمن مَوْضِع[٤] الجناح بين بابه ورأس السكة دون مَنْ بابُه بين موضع الجناح ورأس السكة.

ويظهر تأثيره على قول الشيخ أبي حامد أيضاً في أن الذي يستحق المنع إذا كان الجناح مُضِرّاً من هو؟ لكنهم لم يذكروه[٥].

ولو اجتمع المستحقون فسدوا باب السكة، فجواب المعظم: أنه لا منع، لأنهم يتصرفون في ملكهم.

وقال أبو الحسن العبادي: يحتمل أن يقال: يمنعون؛ لأن أهل الشارع يفزعون إليها إذا عرضت زحمة، ولا شك في أنه لو امتنع بعضهم لم يكن للباقين السدُّ، ولو سدوا متوافقين لم يستقل بعضهم بالفتح، ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم جاز، ولو أراد أهل رأس السكة قَسْمَ رأس السكة بينهم، مُنِعوا لِحَقِّ مَنْ يَليهم.

ولو أراد أهل الأسفل قسمة الأسفل فوجهان، بناء على أن أهل الرأس هل يشاركونهم في الأسفل.

ثم ما ذكرنا من سد الباب وقسمة الصحن مفروضٌ فيما إذا لم يكن في السكة

---

(١) أي: فائدته.

(٢) قوله: (في الكل) سقط من (ز).

(٣) أي: على وجه التخصيص.

(٤) في (ط الفكر): (يوضع).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٧): «قلت: قول الرافعي: (لم يذكروه) من أعجب العجب. فقد ذكره صاحب «التهذيب» مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن النهاية. والله أعلم».

مَسْجِدٌ، فإن كان فيها مسجد قديم أو حديث، فالمسلمون كلهم يستحقون الطروق إليه فلا يمنعون منه[1]، استدركه القاضي ابن كج رحمه الله. وعلى قياسه: لا يجوز الإشراع عند الضرر، وإن رضي أهل السكة لحق سائر الناس[2].

وثانيها: فتح الباب، وليس لمن لا باب له في[3] السكة إحداث باب إلّا برضاء أهل السكة كلهم لتضررهم، إما بمرور الفاتح عليهم أو بمرورهم على الفاتح.

فلو قال: «أفتح إليها باباً للاستضاءة دون الاستطراق»، أو قال: «أفتحه وأسمره» فوجهان:

أصحهما ـ عند أبي القاسم الكرخي ـ: أنه يمكَّن منه[4]، لأنه لو[5] رفع جميع الجدار[6] لتمكن منه، فلأن يتمكن[7] من رفع بعضه كان أولى.

والثاني: لا يمكن، لأن الباب يشعر بثبوت حق الاستطراق، فعساه يستدل به على الاستحقاق.

ولو كان له فيها باب، وأراد أن يفتح غيره نظر: إن كان ما يفتحه أبعد من رأس السكة فلمن الباب المفتوح بين رأس السكة وداره المنع، وفيمن داره بين الباب

(١) أي: لا يمنعون من الاستطراق إليه بل يمنعون من السدّ والقسمة.

(٢) قلت: وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

(٣) في (ظ): (لمن له بابٌ في).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٨): «قلت: قلَّ مَن بيّن الأصح من هذين الوجهين، ولهذا اقتصر الرافعي على نسبة التصحيح إلى الكرخي، وممن صححه صاحب «البيان» والرافعي في «المحرر»، وخالفهم الجرجاني والشاشي، فَصَحَّحا المنع، وهو أفقه. والله أعلم».

(٥) سقط من (ز).

(٦) في (ز): (الدار)، وسقط من (ظ).

(٧) في (ط الفكر): (يمكن).

ورأس السكة؟ وجهان بناءً على كيفية الشركة لما مر في الجناح. وإن كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكة، فإن سد الأول وجعل مكانه الباب المفتوح، فلا منع، لأنه ينقص حقه. وإن لم يسد، فعلى ما ذكرنا فيما إذا كان المفتوح أبعدَ من رأس السكة، لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول، أورث زيادةَ زحمةِ الناس، وروث[(١)] الدواب[(٢)] في السكة، فيتضررون به. وفي «النهاية» طرد[(٣)] طريقة أخرى جازمة بأنه لا منع للذين يقع الباب المفتوح بين دارهم ورأس السكة، لأن الفاتح لا يمر عليهم[(٤)]. وهذا ينبغي أن يطرد فيما[(٥)] إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة[(٦)]، وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع، كفتح[(٧)] باب وسد باب.

ولو كانت له داران، ينفذ باب إحداهما إلى الشارع، وباب الأخرى إلى سكة منسدة، فأراد فتح باب من إحداهما إلى الأخرى. هل لأهل السكة منعه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، لأن المرور مستحق له في السكة، ورفع الحائل بين الدارين يصرف مصاريف الملك[(٨)] فلا يمنع.

---

(١) رَاثَ الفَرَسُ روثاً من باب قال. كما في «المصباح المنير»، مادة: روث.

(٢) في (ز): «زحمة الناس ووقوف الدواب». (م ع).

(٣) أي: حكى. وفي (ز) و(ظ): (ذكر).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٦٨).

(٥) في (ظ): (فيها).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٨ - ٢٠٩): «قلت: جزم صاحب «الشامل» بأنه إذا فتح باباً آخر أقرب إلى رأس السكة ولم يسد الأول جاز. ولا منع لأحد، هذا وإن كان ظاهراً فما نقله الإمام أقوى. ولم يذكر الرافعي ـ فيما إذا كان المفتوح أبعد ـ حكمَ مَن بابُه مقابل المفتوح لا فوقه ولا تحته. وقد ذكر الإمام أنه كمن هو أقرب إلى رأس السكة، ففيه الوجهان. والله أعلم».

(٧) في (ظ): (لفتح).

(٨) في (ز): (بين الدارين تصرف مصادف للملك)، وفي (ظ): (بين الدارين مصارف للملك).

والثاني: نعم، لأنه يثبت للدار الملاصقة للشارع ممراً في السكة، ويزيد فيما استحقه من الانتفاع. ولو كان باب كل واحدة[١] من الدارين في سكة غير نافذة، وأراد فتح الباب من إحداهما إلى الأخرى، جرى الوجهان في ثبوت المنع لأهل السكتين، هكذا نقل الإمام[٢].

واعلم[٣] أن موضع الوجهين ما إذا سد باب إحدى الدارين، وفتح الباب بينهما لغرض الاستطراق، أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه، فلا منع[٤].

وحيث منعنا من فتح الباب إلى السكة المنسدة، فلو صالحه[٥] عن أهل السكة[٦] على مالٍ، جاز، بخلاف الصلح على إشراع الجناح، لأنه بذل مال في مقابلة الهواء المجرد.

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (واحد).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٦٩).

(٣) في (ز): (وفي التهذيب).

(٤) في (ز): (فلا يمنع). قال في «الروضة» (٤/ ٢٠٩): «قلت: هذه العبارة فاسدة، فإنها توهم اختصاص الخلاف بها إذا سد باب أحدهما، وذلك خطأ، بل الصواب جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين، وكل الأصحاب مصرحون له. قال أصحابنا: ولو أراد رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة، ويترك بابهما على حالهما جاز قطعاً. وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا القاضي أبو الطيب في تعليقه. والصواب أن يقال: موضع الوجهين إذا لم يقصد اتساع ملكه. أما قوله: كذا نقله الإمام. فإن الوجهين مشهوران جداً. وقوله: الأصح: الجواز، تابع فيه صاحب «التهذيب». وخالفه أصحابنا العراقيون فنقلوا عن الجمهور المنع. بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على المنع. قال: وعندي أنه يجوز. والله أعلم».

(٥) في (ط الفكر): (فصالحه).

(٦) قوله: (عن أهل السكة) سقط من (ط الفكر) وفي (ز): (فلو صالحه عنه أهل السكة).

ثم قال في «التتمة»: إن قدَّروا مدةً فهو إجارةٌ، وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد فهو بيعُ جزءٍ شائع من السكة، وتنزيل له منزلة أحدهم، وهو كما لو صالح غيره عن[١] إجراءِ نَهْرٍ في أرضه على مال يكون ذلك تمليكاً للنهر، ولو أراد فتحَ بابٍ من داره في دارِ غيرِه فصالحه عنه مالكُ الدار على مالٍ، يصح، ويكون ذلك كالصلح عن إجراء الماء على السطح، ولا يملك شيئاً من الدار والسطح، لأن السكة لا تُرادُ إلّا للاستطراق، فإثبات الاستطراق[٢] فيها يكون نقلًا للملك، والدارُ والسطح ليس القصدُ[٣] منهما[٤] الاستطراق وإجراء الماء[٥]. والله أعلم.

وثالثها: فتح المنافذ والكُوَّات للاستضاءة، لا منع منه بحالٍ لمصادفة الملك، بل له أن يرفع جداره ويجعل مكانَه شُبَّاكاً.

ولنعد إلى لفظ الكتاب، قوله: (والسكة المنسدة الأسفل عند العراقيين كالشوارع) إلى آخره، يقتضي ظاهره إلحاق العراقيين لها بالشوارع في الانفكاك عن الملك وجواز إشراع الجناح. وذهب[٦] المراوزة إلى أنها ملك السكان، وليس الأمر على هذا الظاهر، فإن أئمتنا العراقيين لم يلحقوها بالشارع من كل وجه، وكيف وطرقهم ناصة[٧] على اختصاصها بالسكان، وأنها ملكهم، وعلى أنه يجوز إشراع الجناح المضر

---

(١) في (ظ): (من).

(٢) قوله: (فإثبات الاستطراق) سقط من (ظ).

(٣) في (ز): (المقصد).

(٤) في (ط الفكر): (منه).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢١٠): «قلت: قال أصحابنا: لو كانت داره في آخر السكة المنسدة فأراد نقل بابها إلى الوسط، ويجعل ما بين الباب وأسفل السكة دهليزاً، فإن شركنا الجميع في جميع السكة، كان للباقين منعه، وإلّا فلا. والله أعلم».

(٦) في (ز) و(ظ): (وذهاب).

(٧) في (ز): (مختلفة ناصة).

إليها بإذن السكان، والحكم في الشارع بخلافه، فإذن هو محمولٌ على تجويزهم إشراعَ الجناح الذي لا يضرّ إليها من غير اعتبار الرضا، والمراوزةُ يمنعون منه. ومع هذا التأويل فليس العراقيون مطبقين على تجويزه، بل هم منقسمون إلى مجوز ومانع. ألا ترى أن القاضي أبا الطيب منعه وهو عراقي؟

وقوله: (ولا يجوز إشراع الجناح وفتح باب جديد إلّا برضاهم)، أي برضا من أثبتنا له الشركة في السكة. وقصد في هذا الكلام التفريع على الرأي الذي نسبه إلى المراوزة على ما بيّنه في «الوسيط»[1]، لكن لا يخلو إما أن يكون المراد فتح باب من الدار التي لها باب في[2] هذه السكة، أو الفتح من الدار التي لها[3] في السكة باب قديم. إن كان الثاني، فقد ذكره من بعد حيث قال: (أو فتح من تلك الدار باباً ثانياً في السكة)، وإن كان الأول، فالعراقيون لا يخالفون فيه حتى يجعل ذلك تفريعاً على أحد الوجهين. وكذا إشراع الجناح إنما يُجوِّزونه لمن له حق الطروق في السكة لا لغيره.

وقوله: (ورضاهم إعارة يجوز الرجوع عنه)، أراد به ما ذكره الأئمة أنه[4] لو فتح مَنْ لا باب له في السكة باباً برضا أهلها، كان لأهلها الرجوعُ مهما شاؤوا، ولا يُلْزَمُونَ بالرجوع شيئاً، بخلاف ما لو أعار الأرضَ للبناء ثم رجع، فإنه لا يقلع البناء مجاناً. وهذا لم أجده لغيره، والقياس أن لا فرق. والله أعلم.

وقوله: (فوق الباب الأول)، أراد مما يلي رأس السكة على ما ذكره في

---

(١) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٥٥).

(٢) في (ز): (التي لا باب لها في).

(٣) قوله: (التي لها) سقط من (ظ).

(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: «ما ذكره الإمام لأنه». (م ع).
«نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٦٩).

«الوسيط»[١] وموضع الخلاف فيه ما إذا لم ينسد الباب القديم، ويمكن حمله على ما إذا كان فوقه مما يلي آخر السكة على ما مَرَّ[٢].

فرع:

قال القاضي الروياني في «التجربة»: إذا كان بين دارَيْه طريقٌ نافذ، يحفر[٣] تحته سرداباً من إحداهما إلى الأخرى، وأحكم الأَزْج[٤] لم يمنع. قال: وبمثله أجاب الأصحاب فيما إذا لم يكن نافذاً، لأن لكل واحد دخول هذا الزقاق كطروق[٥] الدرب النافذ، وغلَّط من قال بخلافه وهذا اختيار منه لكونها في معنى الشوارع، والظاهر خلافه[٦]. واعتذر الإمام عن جواز دخولها، بأنه من قبيل الإباحات المستفادة من قرائن الأحوال[٧]. والله أعلم.

---

(١) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٥٥).

(٢) في (ظ): (كما مرّ).

(٣) في (ز) و(ظ): (فحفر).

(٤) أي: السقف.

(٥) في (ز): (لطروق).

(٦) من قوله: (وهذا اختيار) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٧٢). وقال في «الروضة» (٤/ ٢١١): «قلت: هذا الذي ذكره الروياني ـ فيما إذا كان الطريق نافذاً ـ صحيح. وكذا صرّح به القاضي أبو الطيب وغيره. وأما تجويزه ذلك ـ فيما إذا لم يكن الطريق نافذاً ـ ونقله ذلك عن الأصحاب فضعيف. ولا يوجد ذلك في كتب معظم الأصحاب. ولعله وجده في كتاب أو كتابين. فإني رأيت له مثل هذا كثيراً. وكيف كان فهذا الحكم ضعيف. فإن الأصحاب مصرحون بأن الطريق في السكة المسدودة ملك لأصحاب السكة، وأنهم لو أرادوا سدها وجعلها مساكن جاز. ونقل الإمام اتفاق الأصحاب على هذا. وإذا ثبت أنها ملكهم فالقرار تابع للأرض كما يتبعها الهواء، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضاهم، كذا السرداب تحتها. والله أعلم».

قال:

(أما الجدار، إن[١] كانَ ملكَ أحدِهما فلا يَتصرَّفُ الآخرُ فيه إلّا بأمرِه. فإن استعارَه لوضعِ جذعِه؛ لا يلزمُه (م) الإجابةُ في القولِ الجديد، فإن رضيَ، فمهما رَجعَ كانَ له النَّقضُ بشرطِ أن يغرمَ النَّقص. وقيل: فائدةُ الرُّجوعِ المطالبةُ بالأجرةِ للمُستقبل).

الجدار بين المالِكَيْن قد يختص بأحد المالكين، وقد يملكه المالكان على الاشتراك.

القسم الأول: الجدارُ المخصوصُ بأحد المالكين، هل للآخر وضعُ الجذوع عليه من غير[٢] إذن مالكه؟ فيه قولان:

القديم ـ وبه قال مالك[٣] وأحمد[٤] ـ: نعم، ويجبر عليه لو امتنع، لما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يمنعنَّ أحدكم جاره أن يضع خشبةً على جداره»، قال فنكس القوم رؤوسهم فقال أبو هريرة: «مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمينها بين أكتافكم»[٥]، أي لأضعن هذه السنة بين أظهركم.

---

(١) في (ز): (فإن).

(٢) سَقَطَ من (ط الفكر).

(٣) بل قال مالك بالاستحباب، ولم يقل بالوجوب ولا بالإجبار عليه. انظر: «التاج والإكليل» (٥/ ١٧٥)، و«الشرح الكبير» (٣/ ٣٧١).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٤١١).

(٥) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٧٤)، والبخاري مع «الفتح» (٥/ ١٣١)، برقم (٢٤٦٣)، في المظالم، باب لا يمنع جار جاره أن يغرزَ خشبةً في جداره. ومسلم (٣/ ١٢٣٠)، برقم (١٦٠٩)، في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، وعند أحمد بلفظ: «لا يمنعن»، وعندهما: «لا يمنع» وليس عندهم لفظ: «قال: فنكس القوم رؤوسهم». وعندهم لفظ: «لأرمينَّ بها» بزيادة حرف الجر.

والجديد ـ وبه قال أبو حنيفة[1] ـ: أنه ليس له ذلك، ولا يجبر المالك لو امتنع[2]. لأنه انتفاع بملك الغير، فأشبه البناءَ في أرضه والحملَ على بهيمته، والحديث يحمل على الاستحبابِ، لـما روي أنه ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفس منه»[3].

التفريع:

الإجبار على القديم مشروط بشروط:

أحدها: أن لا يحتاج مالكُ الجدارِ إلى وضع الجذوعِ عليه.

---

(١) «عمدة القاري» (١٣/ ١١)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٩٦).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢١٢): «قلت: الأظهر هو الجديد. وممن نص على تصحيحه صاحب «المهذب» والجرجاني والشاشي وغيرهم وقطع به جماعة. والله أعلم».

(٣) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (١/ ٩٣)، في العلم، من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب الناس في حجة الوداع، مطولاً، وفيه: «ولا يحل لامرئ من مال أخيه إلّا ما أعطاه من طيب نفسٍ»، وقال: «قد احتج البخاري بأحاديث عكرمة، واحتج مسلم بأبي أويس، وسائر رواته متفق عليهم، وله أصل في الصحيحين»، ووافق عليه الذهبي. وأخرجه البيهقي (٦/ ٩٧) في الغصب، باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً...، من طريق الحاكم من حديث ابن عباس، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث عمرو الضمري، رضي الله عنهم.

وأخرج أبو داود مع «المختصر» (٧/ ٢٨٧)، برقم (٤٨٣٨)، في الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح، عن يزيد بن السائب مرفوعاً بلفظ: «لا يأخذنّ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً»، قال سليمان: «لَعِباً ولا جِدّاً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها»، وسكت عليه. وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي وقال: حسن غريب لا نعرفه إلّا من حديث ابن أبي ذئب»، وهو عند الترمذي (٤/ ٤٠٢)، برقم (٢١٦٠)، في الفتن، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروّع مسلماً. قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٥ - ٤٦): «قال البيهقي: وإسناد حديث يزيد حسن. وحديث أبي حميد أصح ما في الباب»، وحديث أبي حميد الساعدي أخرجه ابن حبان في صحيحه مع «الإحسان» (٧/ ٥٨٧)، برقم (٥٩٤٦)، في الجنايات، بلفظ: «لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسٍ منه». قال: ذلك لشدة ما حرم الله من مال المسلم على المسلم. وبلفظ الرافعي أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٦) لكن إسناده ضعيف.

والثاني: أن لا يزيد الجارُ في ارتفاع الجدار ولا يبني عليه أزجاً ولا يضع ما لا يحتمله الجدار أو يضرّ به.

والثالث: أن لا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يريد تسقيفها، أو لا يملك إلّا جداراً واحداً، فإن ملك جدارين فليسقف عليهما، وليس له إجبار صاحب الجدار. وصاحب «النهاية» لم يعتبر هذا الشرط هكذا، ولكن قال: الشرط أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت[١] لصاحب البيت، وهو يحتاج إلى جانب رابع[٢]. فأما إذا كان الكل للغير، فإنه لا يضع الجذوع عليها قولاً واحداً. ثم نقل عن بعض الأصحاب أنه لم يعتبر هذا الشرط هكذا[٣]، واعتبر في «التتمة» مثل ما ذكره الإمام، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلّا جانباً أو جانبين أيضاً، والمشهور ما تقدم.

وإن قلنا بالجديد فلا بد من رضا المالك، وإذا رضي: فإما أن يَرْضَى بغير عوض أو بعوض؛ فإن رضي بغير عوض فهو إعارة، يمكن[٤] من الرجوع عنها قبلَ وضعِ الجذوع والبناءِ عليه، وبعده وجهان:

أصحهما: أن له الرجوع أيضاً، كما في سائر العواري. وإذا رجع فلا كلام في أنه لا يمكن[٥] من القلع مجاناً، وما فائدة رجوعه؟ فيه وجهان مذكوران في الكتاب:

أظهرهما: أنه يُخيَّر بين أن يبقى بأجرة وبين أن يقلع ويضمن أرش النقصان، كما لو أعاره[٦] أرضاً للبناء. قال في «التهذيب»: إلاّ أن في إعارة الأرض له خصلة أخرى،

---

(١) قوله: (من البيت) سقط من (ز).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٨٢).

(٣) سقط من (ز) و(ظ).

(٤) في (ز) و(ظ): (يتمكن).

(٥) في (ز): (فلا يتمكن)، وفي (ظ): (يمكن).

(٦) في (ظ): (أعار).

وهي تـملك البناء بالقيمة، وليس لـمالك الجدار ذلك. لأن الأرض أصلٌ، فجاز أن يستتبع البناء، والجدارُ تابع فلا يستتبع[١]. والذي[٢] رواه الإمام عن حكاية القاضي أنه ليس له إلّا الأجرة، ولا يمكن[٣] من القلع أصلًا. لأن ضرر[٤] القلع تتداعى[٥] إلى ما هو خالص مال المستعير، لأن الجذوع إذا ارتفعت أطرافها من جدار، لم تستمسك على الجدار الثاني[٦].

والوجه الثاني ـ وبه أجاب العراقيون ـ: أنه ليس له الرجوع أصلاً، ولا يستفيد به القلع ولا طلب الأجرة للمستقبل. لأن مثل هذه الإعارة، إنما يراد بها التأبيد، فأشبه ما إذا أعار الأرض[٧] لدفن ميتٍ، لا يمكن[٨] من نبشه، ولا من طلب الأجرة[٩].

فعلى هذا، لو رفع صاحب الجذوعِ الجذوعَ، هل له إعادتها من غير إذنٍ جديد؟ فيه وجهان، نقلهما الشيخ أبو حامد وأصحابه. ولو سقطت بنفسها فكذلك، والأصح: المنع. وكذا لو سقط الجدار، فبناه صاحبه بتلك الآلة، لأن الإذن لا يتناول إلّا مرة واحدة، وإن بناه بغير تلك الآلة، فلا خلاف في أنه لا يعيد إلّا بإذن جديد، لأنه جدار آخر[١٠].

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٥٣).

(٢) في (ظ) و(ز): (والثاني).

(٣) في (ظ): (فلا يتمكن)، وفي (ز): (ولا يتمكن).

(٤) في (ط الفكر): (ضرورة).

(٥) أي: تصل.

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٨٣).

(٧) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٨) في (ظ) و(ز): (لا يتمكن).

(٩) في (ظ): (الأرض).

(١٠) قال في «الروضة» (٤/ ٢١٣): «قلت: الخلاف في جواز الإعارة بلا إذن، فلو منعه المالك لم يعد بلا =

وإن رضي بعوض، فذلك قد يكون على سبيل البيع، وقد يكون على سبيل الإجارة، وستتكلم فيهما من بعد. ولو صالحه[1] على مال لم يجز، وإن فَرَّعنا على قول الإجبار، لأن مَن ثبت له حق، لا يؤخذ منه عوض عليه، وإن فرعنا على القول الآخر[2] صح، وليس ذلك كالصلح عن إشـراع الجناح، لأنه صلح على[3] الهواء المجرد. والله أعلم.

قال:

(وإن كانَ مشتركاً، فلكلِّ واحدٍ مَنعُ صاحبِه من الانتفاعِ دون رضاه، فلو تراضَيا على القِسمةِ طولاً أو عَرضاً جاز، ولا يُجبرُ على القسمةِ في كلِّ الطولِ ونصفِ العَرض (و)؛ إذ يَتعذَّرُ الانتفاعُ بوضعِ الجذوع. وكذا في نصفِ الطولِ (و) وكلِّ العرض (و)، وإذا جَرَت بالتَّراضي أُقرِعَ في الصُّورةِ الأخيرة. والأَوْلى: التَّخصيصُ لكلِّ وجهٍ بصاحبِه في الصُّورةِ الأولى، حتى لا تقضي القرعةُ بخلافِه، ولا مانعَ (و) في الأساسِ من الإجبارِ على قِسمتِه).

= خلاف، إذ لا ضرر. كذا صرح به صاحب «التتمة». وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجريان الوجهين في جواز منعه، فقال في وجه: ليس له منعه، لأنه صار له حق لازم. هذا كله إذا وضع أولاً بإذن. فلو ملكا دارين ورأيا خشباً على الجدار ولا يعلم كيف وضع، فإذا سقط الحائط فليس له منعه من إعارة الجذوع بلا خلاف. كذا صرّح به القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب» و«الشامل» وآخرون. لأنا حكمنا بأنه وضع بحق. وشككنا في المجوز للرجوع. ولو أراد صاحب الحائط نقضه، فإن كان مستهدماً جاز. وحكم إعارة الجذوع ما سبق. وإن لم يكن مستهدماً، لم يمكّن من نقضه قطعاً. والله أعلم».

(١) في (ز) و(ظ): (صالحه عنه).

(٢) في (ز): (الأصح).

(٣) في (ز): (عن).

القسم الثاني: الجدار المشترك. والكلام في ثلاثة أمور، يشتمل الفصل على اثنين منها:

الأول: الانتفاعُ به. وليس لأحد الشريكين أن يَتِدَ فيه وتداً أو يفتح فيه كوة أو يتَّرِبَ الكتاب[١] بترابه[٢] دون إذن الشريك كسائر الأملاك المشتركة، لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع بها.

ويستثنى من الانتفاعات ضربان:

أحدهما: لو أراد[٣] أحد[٤] الشريكين وضعَ الجذوع عليه، ففي إجبار الآخر الخلاف المذكور في القسم الأول بطريق الأولى.

والثاني: ما لا يقع فيه المضايقة من الانتفاعات، لكل واحد منهما الاستقلال به، كالاستناد وإسناد المتاع إليه[٥]، يجوز مثلُه في الجدار الخالص للجار[٦]، وهو كالاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجدار الغير، ولو منع أحدُهما الآخرَ من الاستناد، فهل يمتنع؟ عن الأصحاب فيه تردد، لأنه عناد[٧].

ومن الضرب الثاني: ما إذا بنى في ملكه جداراً متصلاً للجدار[٨] المشترك، بحيث لا يقع ثِقله عليه.

---

(١) في (ز): (التراب).

(٢) من قوله: (كوة أو) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) قوله: (لو أراد) سقط من (ظ).

(٤) في (ط الفكر): (أحدهما أعني).

(٥) في (ط الفكر): (عليه).

(٦) سقط من (ز).

(٧) في «الروضة» (٤/ ٢١٤): «فهل يمتنع؟ وجهان لأنه عناد محض. قلت: أصحهما: لا يمتنع. والله أعلم».

(٨) في (ز) و(ظ): (بالجدار).

الثاني: قسمته، إما في كل الطول ونصف العرض، أو في نصف الطول وكل العرض، ولا يفهم من الطول ارتفاعه عن[1] الأرض، فذلك سَمْكٌ، وإنما طول الجدار امتداده من زاوية البيت إلى زاويته الأخرى مثلاً، والعرض هو[2] البعد الثالث. فإذا كان طوله عشرة أذرع والعرض ذراعاً، فقسمته[3] في كل[4] الطول ونصف العرض، هكذا ليكون لكل واحد نصف ذراع[5] في طول عشر[6][7]، وقسمته بالعكس؛ أن يجعل هكذا ليصير لكل واحد خمسة أذرع في عرض ذراع.

فأي واحد من النوعين تراضيا عليه جاز، ولكن كيف يقسم؟ نقل بعض شارحي «المختصر» فيه وجهين:

أحدهما: أنه يعلم بعلامة ويخط برسم.

والثاني: أنه يشق وينشر بالمناشير، وينطبق على هذا الثاني، وما ذكره العراقيون أنهما لو طلبا من الحاكم القسمة بالنوع الأول، لم يجبهما إلى ذلك، لأن[8] شق الجدار في الطول إتلافٌ له وتضييع، ولكنهما يباشران القسمة[9] بأنفسهما، إن شاءا، وهو كما لو هَدَمَاه واقتسما النقض.

---

(١) في (ظ): (من).
(٢) سقط من (ط الفكر).
(٣) في (ظ): (فقسمت).
(٤) من قوله: (طوله عشرة) إلى هنا سقط من (ز).
(٥) في (ز): (ذراع عرض).
(٦) في (ز): (عشرة).
(٧) من قوله: (ونصف العرض) إلى هنا سقط من (ظ).
(٨) في (ز) و(ظ): (لم يجبهما إليه لأن).
(٩) سقط من (ظ).

وإن طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر، نظر: إن طلب النوع الأول من القسمة، فظاهر المذهب أنه لا يجاب إليها[1]، وذكر الإمام وطائفة أن له معنيين:

أحدهما: أنا لو أجبرناه على القسمة[2] لأقرعنا، والقرعة ربما تغير[3] الشق الذي يلي دار زيد لعمرو وبالعكس، فلا يتمكن واحد منهما من الانتفاع بما صار إليه.

والثاني: أنه لا يتأتى فيه فصل محقق؛ لأن غايته رسم خطين[4] بين الشقين، ومع ذلك فإذا بنى أحدهما على ما صار إليه تعدى التثقيل[5] والتحامل إلى الشق الآخر[6].

وضعَّفَ الإمامُ المعنى الثاني بما مرَّ، أن هذه القسمة جائزةٌ بالتراضي، وذلك يدل على أن رسم الخط كافٍ في القسمة والمفاصَلة. وما ذكره توجيهاً واعتراضاً مبنيٌّ على الاكتفاء بالعلامة وترك الشق، والقطعِ، وهو الأولُ من الوجهين المنقولين في حالة التراضي.

وعن صاحب «التقريب» وجه: أنه يجاب الطالب، ويجبر الممتنع لكن لا يقرع بل يخصص كل واحد منهما بما يليه.

وأما النوع الثاني: وهو قسمةُ نصفِ الطول في كل العرض، فجائز بالتراضي أيضاً. وفي الإجبار عليه وجهان. أما الذين اعتبروا الشق والقطع، فإنهم وجهوا:

أحدهما: بأن القطع يوجب إتلاف بعض الجدار، ولا إجبار مع الإضرار.

---

(١) في (ز) و(ظ): (إليه).

(٢) قوله: (على القسمة) سقط من (ط الفكر).

(٣) في (ز) و(ظ): (تعين).

(٤) في (ز) و(ظ): (خط).

(٥) في (ط الفكر): (الثقل).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٨٨).

والثاني: بأن الضرر والنقصانَ في هذا النوع هين، فأشبهَ قسمةَ الثوب الصفيق.

وأما المكتفون برسم الخط والعلامة، فبنوهما على المعنيين السابقين ؛ إن قلنا بالأول، جرى الإجبار، لأن كل واحد منهما يتأتى له الانتفاع بما يصير إليه، وإن قلنا بالثاني، فلا، لتعذر[١] المفاضلة المحققة.

والأشبه من الوجهين، كيف فُرِضَ التوجيهُ: منع الإجبار[٢]، وهو الذي أورده في الكتاب[٣]. هذا في قسمة الجدار نفسه[٤].

أما إذا انهدم وظهرت العرصة أو كان بينهما عَرْصَةُ جدارٍ لم يُبنَ عليها بعد، فطلب أحدهما قسمتها في كل الطول ونصف العرض:

فإن قلنا في الجدار: إن الطالب لمثل هذه القسمة يُجابُ، ويخصص كل واحد منهما بالشق الذي يليه من غير قرعة، فكذلك هاهنا، وبه قال أبو الطيب بن سلمة.

وإن قلنا: لا يجاب ثَمَّ، فهاهنا وجهان[٥] بنوهما على المعنيين السابقين، إن قلنا بالأول لم يجب، وبهذا أجاب في «التهذيب»[٦]، وإن قلنا بالثاني أجيب، وإن طلب قسمتها في نصف الطول وكل العرض أجيب، لفقد المعاني المذكورة في الجدار، وإذا بنى الجدار[٧] وأراد أن يكون عريضاً، زَادَ فيه من عرضِ بيته، والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): (فلا يبعد).

(٢) في (ط الفكر): (مع).

(٣) وهو أنه لم يجب إليه على الأصح.

(٤) في (ز): (بالقسمة).

(٥) الأصح منهما: الإجابة.

(٦) قوله: (وبهذا أجاب في التهذيب) سقط من (ط الفكر) و(ظ).
«التهذيب» للبغوي (٤/ ١١٣).

(٧) قوله: (وإذا بنى الجدار) سقط من (ظ).

إذا عرفت ذلك فأعلِم قوله في الكتاب: (ولا يجبر على القسمة في كل الطول ونصف العرض)، بالواو، وكذا قوله: (وكذا في نصف الطول، وكل العرض).

وأما قوله: (إذا جرت بالتراضي أقرع في الصورة الأخيرة، والأولى تخصيص كل وجه بصاحبه في الصورة الأولى)، وفي الصورة الأخيرة القسمة في نصف الطول وكل العرض، والأولى هي القسمة في كل الطول ونصف العرض. ولا يفهم من قوله: (الأولى)، التخصيص بعينه على رأي، ذهاباً إلى أن المراد من الأَوْلى[١] من الخلاف في المسألة. فإن أحداً لم يذكر فيها خلافاً، بل أطلقوا جواز القسمة عند التراضي، والمعهود في القسمة القرعة، وإنما المراد الإرشاد[٢] إلى أن الشريكين ينبغي أن يصيرا إلى التخصيص من غير قرعة، فيبيع كل واحد منهما ماله في الشق الذي يلي صاحبه، بما لصاحبه في الشق الذي يليه؛ تحرزاً عن تضييع المال.

وأما قوله: (ولا مانع في الأساس من الإجبار على قسمته)، فالمراد من: (الأساس)، عرصة الجدار. وجوابه واضح في القسمة في نصف الطول وكل العرض. وأما في كل الطول[٣] ونصف العرض؛ فالذي أجاب به أحد الوجهين، وفيه وجه آخر كما قدمنا. والأصح عند العراقيين وغيرهم: ما أجاب به. والله أعلم.

* * *

(١) قوله: (من الأولى) سقط من (ز)، وفي (ظ): (الأولى).

(٢) في (ط الفكر): (فإن ما أراد الإرشاد).

(٣) سقط من (ط الفكر).

قال:

(والقولُ الجديد: أنه لا يُجبرُ (م أ ح) على العمارةِ في الأملاكِ المشتركة، لأنه ربَّما يَتضرَّرُ بتكليفِه العمارة. نعم؛ لو انفرَدَ الشَّريكُ الآخرُ[1] فلا يُمنَع؛ لأنه عنادٌ محض. ثم إن أعادَ الجدارَ بالنَّقضِ المشترك، عادَ مُلكاً مشتركاً كما كان. ولو تعاوَنا على العملِ فكَمِثل. ولو انفردَ أحدُهما وشرَطَ له الآخرُ أن يكونَ ثلثا الجدارِ له صحّ، وكانَ سُدسُ النَّقضِ عوضاً عن عملِه المُصادِفِ لملكِ الشَّريك. وإذا انهدمَ العلوُّ والسُّفل[2]، وقلنا: ليسَ لصاحبِ العُلوِّ إجبارُ صاحبِ السُّفلِ على العمارة، فله أن يُعمِّرَ بنفسه. فإن عَمَّرَ فليسَ (و) له منعُ صاحبِ السُّفلِ من الانتفاعِ بسُفلِه، ولا أن يغرِّمَه (و) قيمةَ ما بناه من الجدارِ والسَّقف، ومن له حقُّ إجراءِ الماءِ في ملكِ الغَير، فلا يُجبرُ على العمارةِ بحال).

الأمر الثالث: العمارةُ، فإذا هدم أحدُ الشريكين الجدارَ المشترك من غير إذن صاحبه، لاستهدامه أَوْ مِنْ غير استهدامه، ففي «التهذيب» وغيره أن النص إجبار الهادم على إعادته، وأن القياس أنه يغرم النقصان ولا يجبر على البناء، لأن الجدار ليس بمثلي[3].

---

(١) في (ز): (الآخر بالعمارة).

(٢) قدَّمه على: (العلو) في (ز).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١١٤). وقال في «الروضة» (٤/ ٢١٥): «قلت: قد ذكر صاحب «التنبيه» وسائر العراقيين وطائفة من غيرهم فيما إذا استهدم فهدمه أحدهما بلا إذن، طريقين:
أصحهما: القطع بإجباره على إعادة مثله. =

ولو استهدم[1] الجدار بنفسه أو هدماه معاً، إما لاستهدامه أو لغير استهدامه، ثم امتنع أحدهما عن العمارة؟ فقولان:

القديم ـ وبه قال مالك[2] وأحمد[3] في المشهور عنهما ـ: أنه يجبر الممتنع على العمارة، دفعاً للضرر عن الشركاء وصيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل.

والجديد: أنه لا يجبر كما لا يُجبر على زراعة الأرض المشتركة، وكما أن طالب العمارة قد يتضرر بامتناع الشريك، فالشريك قد[4] يتضرر بتكليف العمارة.

ويجري القولان في النهر المشترك والقناة والبئر المشتركين إذا امتنع أحد الشركاء من التنقية والعمارة[5]. وهل يجبر؟

= والثاني: فيه القولان السابقان في الإجبار ابتداءً:
أحدهما: عليه إعادة مثله.
والثاني: لاشيء، وقطع إمام الحرمين في أواخر باب «ثمرة الحائط يباع أصله»، بأن من هدم حائط غيره عدواناً يلزمه أرش ما نقص، ولا يلزمه بناؤه، لأنه ليس بمثلي. والمذهب ما نصّ عليه. والله أعلم».

(١) أي: انهدم وكذا ورد في (ز).

(٢) روي عن مالك في ذلك روايتان بالإجبار وبعدم الإجبار. انظر: «مواهب الجليل» (٥/ ١٥٠).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٤١٤).

(٤) سقط من (ط الفكر).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢١٦): «قلت: لم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين، وهو من المهمات. والأظهر عند جمهور الأصحاب هو الجديد. ممن صرح بتصحيحه المحاملي والجرجاني وصاحب «التنبيه» وغيرهم. وصَحَّحَ صاحب «الشامل» القديم، وأفتى به الشاشي. وقال الغزالي في «الفتاوى»: الأقيس: أن يجبر. وقال: والاختيار إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة أجبره وإن كان لإعسار أو غرض صحيح أو شك فيه لم يجبر. وهذا التفصيل الذي قاله وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار، فالمختار الجاري على القواعد: أن لا إجبار مطلقاً. والله أعلم».

وعند أبي حنيفة[١]: يجبر في النهر والقناة والبئر، ولا يجبر في الجدار.

ولو كان علو الدار لواحدٍ، وسفلها لآخر، فانهدمت، فليس لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على إعادته[٢]. وهل لصاحب العلو إجبارُ صاحب السفل على إعادة السفل ليبني عليه؟ فيه قولان.

ومنهم من قال: القولان فيما إذا انهدم أو هدماه من غير شرط، أما إذا استهدم فهدمه صاحب السفل، بشرط أن يعيده، أجبر عليه قولاً واحداً.

ويجري الخلاف فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما هل يُجبر الآخر على مساعدته[٣]؟[٤].

التفريع:

إن قلنا بالقديم، وأصر الممتنع، أنفق الحاكم عليه من ماله، فإن لم يكن له مال استقرض عليه أو أذن للشريك في الإنفاق عليه من ماله ليرجع على الممتنع إذا وجد له مال، فإن استقل به هل له الرجوع؟ أشار المزني فيه إلى قولين، وعن الأصحاب فيه طرق:

أظهرها ـ وبه قال ابن خيران وابن الوكيل ـ: القطع بعدم الرجوع. وحمل قول[٥] الرجوع على ما إذا أنفق بالإذن.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ١٩٦)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٥٦٤).

(٢) في (ظ): (إعانته)، وفي (ز): (إعانته في إعادة السفل).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٢١٦): «قلت: قال أصحابنا: ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشعث واحتاج إلى إصلاحه. والله أعلم».

(٤) قوله: (على مساعدته) سقط من (ظ).

(٥) سقط من (با)، وفي (ظ): (نص).

والثاني: أن القـول بعدم الرجوع تفريعٌ على الجديد، والقـول بالرجوع تفريعٌ على[1] القديم الذي عليه تفرع، وبه قال ابن القطان.

والثالث: أنا إن قلنا بالقديم رجع لا مَحالة، وإن قلنا بالجديد فقولان، ونقل الإمام وجهاً فارقاً بين أن يمكنه عند البناء مراجعة الحاكـم فلا يرجع أو لا يمكنه فيرجع، وإلى هذا صَغْوُه[2].

ثم إذا أعاد الطالب البناء، نظر: إن أعاده بالآلة القديمة فالجدار بينهما كما كان، والسفل في الصورة الأخرى لصاحب السفل كما كان، وليس لصاحب العلو نقضه ولا منعه من الانتفاع بملكه، وإن بناه بآلة من عنده، فالمعاد[3] له ويتمكن من نقضه.

ولو قال الشريك[4]: «لا تنقض وأنا أغرم لك نصف القيمة»، لم يجز له النقض، لأنا على هذا القول نُجبر الممتنع على ابتداء العمـارة، فلأن نجبره على الاستدامة كان أولى.

وإن قلنا بالجديد، فلو أراد الشريك الطالب الانفراد بالعمارة، نظر: إن أراد عمارة الجدار بالنقض المشترك، أو[5] أراد صاحب العلو إعادة السفل بنقض صاحب السفل، أو بآلة مشتركة بينهما، فللآخر منعه منه، وإن أراد بناءه بآلة من عنده، فله ذلك ليصل إلى حقه،كما لو سقطت جذوعه الموضوعة على الجدار المشترك ينفرد

---

(١) من قوله: (الجديد) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) أي ميله وترجيحه، وقد أخذه المصنف رحمه الله من قول إمام الحرمين في «النهاية» (٦/ ٤٩٧): «وقال قائلون: إن أمكنه مراجعة الحاكم فليس له أن يستبدّ إذ ذاك بالإنفاق وهذا أعدل الوجوه». (م ع).

(٣) في (ط الفكر): (فالبناء).

(٤) في (ز): (للشريك).

(٥) في (ط الفكر): (و).

بإعادتها. ثم المُعاد ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء، فلو قال شريكه[١]: «لا تنقض الجدار[٢] لأغرم لك نصف القيمة»، أو قال صاحب السفل: «لا تنقض لأغرم لك القيمة»، لم تلزمه إجابته على هذا القول كابتداء العمارة.

ولو قال صاحب السفل: «انقض ما أعدته لأبنيه بآلة نفسي»، فإن كان قد طالبه بالبناء فلم يجب، لم يجب الآن إلى ما يقوله[٣]، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه عليه؛ فكذلك لا يجاب، ولكن له أن يتملك السفل بالقيمة، ذكره في «التهذيب»[٤].

وإن لم يَبْنِ عليه العلو بعدُ، أجيب صاحب السفل. ومهما بنى الثاني[٥] بآلة نفسه، فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد[٦]، بفتح كُوَّةٍ وغَرْزِ وتَدٍ[٧] ونحوهما، وليس له منع صاحب السفل من السكنى[٨] فإن العرصة ملكه.

وعن صاحب «التقريب» وجهٌ في المنع من السكنى[٩] أيضاً، والمذهب الأول.

ولو أنفق على البئر والنهر، فليس له منع الشريك من سقي الزرع والانتفاع بالماء[١٠]، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدَثين.

---

(١) في (ز) و(ظ): (شريك الجدار).
(٢) سقط من (ز) و(ظ).
(٣) في (ظ): (فلم يجب إلاّ إلى ما يقوله).
(٤) في (ط الفكر): (المهذب).
«التهذيب» للبغوي (٤/ ١٥٨).
(٥) في (ز) و(ظ): (الباني).
(٦) في (ط الفكر): (بالعلو).
(٧) الكُوّة: الثُّقبَةُ في الجدار، والوتد: المسمار.
(٨) في (ظ): (السكون).
(٩) في (ظ): (السكون).
(١٠) سقط من (ظ).

ولو كان لِلمُمْتَنِع على الجدار الذي انهدم جذوعٌ، وأراد إعادتها بعدما بناه الطالب بآلة نفسه، فعلى الثاني تـمكينُه أو نقض ما أعاده ليبني[(١)] معه الممتنع ويعيد جذوعه، والله أعلم.

بقي في الفصل صورتان:

إحداهما: إذا بان أن الجدار المشترك لو انفرد أحدهما بإعادته بالنقض المشترك يعود مشتركاً كما كان، فلو تعاونا على إعادته[(٢)] كان أولى أن يعود مشتركاً[(٣)]. فلو شرطا مع التعاون زيادةً لأحدهما، لم يَـجُزْ، لأنه شرطُ عوضٍ من غير معوض، فإنهما متساويان في العمل، وفي الجدار وعرصته.

وعن صاحب «التقريب» وجه: أنه يجوز ذلك لتراضيهما، حتى لو باع أحد شريكي الدار على السواء[(٤)] نصيبه[(٥)] من الدار، بثلث الدار من نصيب[(٦)] صاحبه، قال: يصح وتصير الدار بينهما أثلاثاً. واستبعد الإمام ما ذكره، وقال: لو باع أحدهما نصفَه بنصف صاحبه لم يقدر ذلك بيعاً، ولم ترتب عليه أحكام البيع[(٧)].

وهذه الصورة قد ذكرناها في البيع، وبينا أن الأظهر فيها الصحة، وقياسه صحة بيع أحدهما نصفه بالثلث من نصف الآخر، ولا يلزم منه صحة[(٨)] الشرط فيما

(١) في (ط الفكر): (يبني).

(٢) في (ز): (إعادته بذلك النقض).

(٣) من قوله: (كما كان) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) في (ظ): (الهواء).

(٥) في (ز): (نصفه).

(٦) في (ز) و(ظ): (نصف).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٩١).

(٨) سقط من (ز).

نحن فيه؛ لأن الموجود هو البناء بشرط الزيادة لأحدهما، ومجرد[١] الشرط والرضا بالتفاوت[٢] لا يغير كيفية الشركة القديمة، إلاّ أن البناء بالإذن والشرط يقام مقام البيع والإجارة للمسائل المذكورة على الأثر.

ولو انفرد أحد الشريكين بالبناء بالنقض المشترك بإذن صاحبه بشرط أن يكون له الثلثان، جاز، والسدس الزائد يكون في مقابلة عمله في نصيب[٣] الآخر. هكذا أطلقوه.

واستدرك الإمام فقال: هذا مصور فيما إذا شرط له[٤] سدس النقض في الحال لتكون الأجرة عتيدةً فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء، لم يصح فإن الأعيان لا تؤجل[٥].

ولك أن تزيد فتقول: التصوير وإن وقع فيما ذكره، وجب أن يكون الحكمُ فيه كالحكم فيما إذا شرط للمرضع جزءاً من الرقيق المرتضع في الحال، ولقاطف الثمار[٦] جزءاً من الثمار المقطوفة في الحال، ونظائرهما، لأن عمله يقع على ما هو مشتركٌ بينه وبين غيره، وسيأتي الكلام فيها في الإجارة ولو بناه أحدهما بآلة نفسه بإذن[٧] الآخر بشرط أن يكون ثلثا الجدار له، فقد قابل ثلث[٨] الآلة المملوكة له[٩] وعمله فيه[١٠]،

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) في (ز): (والتفاوت).

(٣) في (ط الفكر): (النصف).

(٤) سقط من (ز).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٩٠).

(٦) في (ز): (الثمار المقطوفة).

(٧) في (ز): «دون». (م ع).

(٨) في (ط الفكر): (ثلثا).

(٩) سقط من (ز).

(١٠) سقط من (ز).

بسدس العرصة المبني عليها. وفي صحة هذه المعاملة قولان، لجمعها بين مختلفي الحكم، وهما البيع والإجارة.

ولا يخفى أن شرط الصحة العلم بالآلات وبصفات الجدار، وأنه يعود فيها النظر إلى شرط ثلث النقض في الحال أو بعد البناء.

الثانية: إذا كان له حق إجراء الماء في ملك الغير فانهار ذلك الملك، لم يجب على مستحق الإجراء مشاركته في العمارة، لأن العمارة تتعلق بتلك الأعيان، وهي لمالكها، وَلا يشترك المستحق[١] الإجراء فيها. وإن كان الانهدام بسبب الماء، ففيه احتمال عند الإمام، قال: والظاهر أنه لا عمارة عليه أيضاً، لأنه ليس بمالك، والانهدام تَوَلَّدَ من مستحق[٢].

ولنتكلم الآن فيما يحتاج إليه من ألفاظ الكتاب، قوله: (لا يجبر على العمارة في الأملاك المشتركة)، يجوز إعلامه بالميم والألف، بل بالحاء أيضاً، لِمَا قدمنا من مذاهبهم.

وقوله: (نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا يمنع)، يشعر بتمكينه من العمارة، سواء عمر بالنقض المشترك، أو بخاص ملكه، وقد صرح بذلك في «الوسيط»، وكذا الإمام[٣]، لكن الظاهر من النقل ما قدمناه؛ وهو أنه إن أعاد بآلة نفسه، فلا منع، وإن أراد العمارة بالنقض المشترك، فلصاحبه المنع، و[٤] إذا فرعنا على الجديد وهو المتوجه من جهة المعنى، فإنه المالك وقد يريد صرفه إلى غير تلك العمارة.

---

(١) في (ز) و(ظ): (لا شركة لمستحق).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٠٣).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٩٤).

(٤) في (ط الفكر) و(ظ): (إذا) بسقوط الواو.

وقوله: (وشرط له الآخر أن يكون ثلثا الجدار له)، ظاهره التصوير فيما إذا شرط السدس الزائد[1] بعد البناء؛ لأنه حينئذ يسمى جداراً، ولكن عرفتَ في المباحثة التي مرت، أن ذلك غير جائز، فليُؤَوَّل اللفظ.

وقوله: (وإذا انهدم السفل والعلو، وقلنا: ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفل)، إشارة إلى أن القولين في الإجبار على العمارة في الأملاك المشتركة يجريان في أن صاحب السفل هل يجبر على إعادة السفل الخالص له؟

وقوله: (فله أنه يعمر بنفسه)، فيه مثل هذا الكلام الذي ذكرناه في قوله: (نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا يُمنَع).

وقوله: (فليس له منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله)، إن حُمِل على ما إذا أعاد بالنقض المشترك فذاك، وإن أُجْرِيَ على إطلاقه فليحمل الانتفاع على السكنى[2] في عَرصته، فإن الانتفاع بالجدار غير سائغ على ما تقدم، ثم ليعلم بالواو للوجه المحكي عن صاحب «التقريب».

وقوله: (ولا أن يغرمه قيمة ما بناه)، جواب على ظاهر المذهب. ويجوز إعلامه بالواو، لما روينا من الخلاف في الرجوع. ثم قوله: (ولا أن يغرمه[3]) مفرعٌ عن نظم الكتاب[4] على القول الجديد، في مسألة السفل والعلو، والحكم بعدم الرجوع على ظاهر المذهب لا يختلف بالقولين. والله أعلم.

---

(١) في (ز): (الزائد له).

(٢) في (ز) و(ظ): (السكون).

(٣) من قوله: (قيمة ما) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٤) في (ظ): (مفرعٌ في لفظ الكتاب).

قال:

(أما السَّقفُ الحائلُ بينَ العلوِّ والسُّفل، يجوزُ لصاحبِ العلوِّ الجلوسُ عليه، وإن كانَ مشتركـاً للضَّرورة. وكذا إن كانَ مستخلَصاً لصاحبِ السُّفل. وإنما يُتصوَّرُ ذلك؛ بأن يَبيعَ صاحبُ السُّفلِ حقَّ البناءِ على سقفِه من غيرِه، فتصح (ز) هذه المعاملة، وهي بيع فيها مُشَابَهَة الإجارة. ولا يجوزُ بيعُ حقِّ الهواءِ لإشراعِ جناحٍ من غيرِ أصلٍ يعتمدُه البناء. ويجوزُ بيعُ حقِّ مسيلِ الماءِ ومجراه وحقِّ الممر. وكلُّ الحقوقِ الـمَقصودةِ على التأبيد. ويجبُ أن يذكرَ قدرَ البناءِ وكيفيّةَ الجدار؛ لاختلافِ العَرْضِ في تثاقلِه. ولو باعَ حقَّ البناءِ على الأرض، لم يَجِبْ (و) ذكرُ ذلك. ومهما هدمَ صاحبُ السُّفلِ السُّفلَ[1] لم يَنفسخِ البيع، لأنه مخالف للإجارة، ولكن يغرمُ له قيمةَ البناءِ[2] للحَيلولة، فإذا أعاد السفل استرد القيمة).

كما أن الجدار الحائل بين مالكين تارة يكون مشتركاً بين المالكين، وتارة يكون خالصاً لأحدهما، فكذلك السقف الحائل بين العلو والسفل المملوك، كل واحد منهما لواحد، قد يكون مشتركاً بينهما، وقد يكون خالصاً لأحدهما. وحكم القسمين في الانتفاع يخالف حكمهما في الجدار، فيجوز لصاحب العلو الجلوسُ ووضع الأثقال عليه على الاعتياد، ولصاحب السفل الاستظلال والاستكنان به، لأنا لو لم نجوز ذلك لَعَظُمَ الضررُ وتعطلت المنافعُ.

---

(١) في (ز): (السفل والعلو).

(٢) في (ز): (حق البناء).

وهل لصاحب السفل تعليق الأمتعة فيه[١]؟ أما ما ليس له ثقل يتأثر السقف به كالثوب ونحوه، فلا منع به[٢]، بل هو كالاستناد إلى الجدار، وأما غيره، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه غير جائز، إذ لا ضرورة فيه بخلاف الاستظلال.

وأظهرهما: أنه يجوز على الاعتياد، تسوية بين صاحب العلو وصاحب السفل في تجويز تثقيل السقف، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما[٣]: أن التعليق الجائز هو الذي لا يحتاج إلى إثبات وتد في السقف.

وأظهرهما: أنه لا فرق.

قال الشيخ أبو محمد: فإن قلنا: إنه ليس له إثبات الوتد والتعليق منه[٤] فليس لصاحب العلو غرز الوتد في الوجه الذي يليه، إذ لا ضرورة إليه، وإن جوزناه لصاحب السفل، ففي جوازه لصاحب العلو وجهان، لندرة حاجته إليه بخلاف التعليق.

إذا تقرر ذلك، فتصوير القسم الأول هو أن يكون السقف مشتركاً[٥] بينهما هَيِّنٌ[٦]، وأما إذا كان خالصاً لأحدهما، فصورة خلوصه لصاحب العلو أن يكون لرجل جداران متقابلان، فيأذن لغيره في وضع الجذوع عليهما، والبناء على تلك الجذوع بعوضٍ أو بغير عوض، فإذا فعل ذلك كان السقف لصاحب العلو.

---

(١) في (ظ): (منه).

(٢) في (ز) و(ظ): (منه).

(٣) في (ز): (أظهرهما).

(٤) في (ز): (فيه).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) سقط من (ط الفكر).

وصورة خلوصه لصاحب السفل أن يأذن لغيره في البناء على سقف ملكه بعوض أو بغير عوض[١] فيبني عليه، وإلى هذا أشار بقوله: (وإنما يتصور ذلك أن[٢] يبيع صاحب السفل حق البناء على سقفه من غيره).

ولما جرى ذكر هذا التصرف، وهو من المسائل المقصودة في الباب، اندفع في بيانه[٣] وبيان ما يناسبه، ونحن نشرحه في مسألتين، ولا نبالي بها يحتاج إليه مِنْ تقديمِ مؤخرٍ في سياق الكتاب[٤] وتأخير مقدم.

المسألة الأولى: إذن المالك لغيره في البناء على ملكه، قد يكون بغير عوض وهو الإعارة، وقد يكون بعوض، فمِنْ صوره: أن يُكْري أرْضَه أو رأس جداره أو سقفه مدة معلومة بأجرة معلومة[٥] فتجوز، وسبيله سائر الإجارات.

ومنها: أن يأذن فيه بصيغة البيع ويبين الثمن، فهو صحيح خلافاً للمزني ولأبي[٦] حنيفة أيضاً فيها حكاه القاضي الروياني.

ثم يتصور ذلك بلفظتين:

إحداهما: أن يبيع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم.

---

(١) قوله: (بعوض أو بغير عوض) سقط من (ز).

(٢) في (ز) و(ظ): (بأن).

(٣) قوله: (اندفع في بيانه) سقط من (ظ).

(٤) في (ز): (الكلام).

(٥) قوله: (بأجرة معلومة) سقط من (ظ).

(٦) قلت: ولعل وجهه أن جهالة المبيع، وهو الأرض، تؤدي إلى بطلان البيع، قال أبو حنيفة رحمه الله: «ولا يصح بيع عشرة أذرع من مئة ذراع من الدار، لأن المبيع معيّن قدراً ومجهول محلاً لتفاوت جوانب الدار في القيمة». انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ١٣).

والثانية: أن يبيع حق البناء على ملكه. والأولى هي لفظة الشافعي رضي الله عنه وعامة الأصحاب رحمهم الله، والثانية لفظة الإمام وصاحب الكتاب[١].

ويتلخص الغرض بمُباحَثتَيْن:

إحداهما: أن المراد من اللفظتين شيء واحد أم لا؟ والجواب الأشبه أن المراد منهما شيء واحد[٢]، وإن كان ظاهر اللفظ يشعر بالمغايرة، لأن بيع العلو للبناء، إما أن يُرَادَ به جملة السقف أو الطبقة العليا منها. وعلى التقديرين، فهو بيع جزءٍ معين من البناء أو السقف[٣]، فليخرج على التفصيل الذي مرَّ في البيع. وأيضاً[٤] فإنهم صوروا فيما إذا اشترى[٥] ليبني عليه، ومن اشترى شيئاً انتفع به بحسب الإمكان، ولم يحتج إلى التعرض للانتفاع به.

والثانية: ما حقيقة هذا العقد، أبيع هو أم إجارة؟ إن كان بيعاً فليُعَدَّ ملكَ عَيْنٍ كسائر البيوع، وإن كان إجارةً فليُشْتَرَط التأقيتُ كسائر الإجارات.

والجواب: أن الأصحاب اختلفوا فيه، فقال قائل[٦]: هو بيع ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجُذوعِ[٧]، وهذا يدفع الإلزام لكنه مشكل لما ذكرنا في المباحثة الأولى. والصحيح أنه لا تملك به عين، وعلى هذا فوجهان:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٩٨)، «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٦٠).

(٢) من قوله: (أم لا) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٣) من قوله: (أو الطبقة) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٤) سقط من (ز).

(٥) في (ز) و(ظ): (اشتراه).

(٦) في (ظ) و(ز): (قائلون).

(٧) في (ط الفكر): (الأجذاع).

أحدهما: أنه إجارة وإنما لم يشترط تقدير المدة، لأن العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة، فإذا اقتضت الحاجة التأبيد أبد على خلاف سائر الإجارات وألحق[١] بالنكاح، ونسب صاحب «البيان» هذا الوجه إلى ابن الصباغ[٢].

وأظهرهما: أنه ليس بإجارة محضة، ولكِنْ فيه شائبةُ الإجارة؛ وهي أن المستحق به منفعة، وشائبةُ البيع وهي أن الاستحقاق فيه على التأبيد، فكأن الشرع نظر إلى أن الحاجة تمس إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد في مرافق الأملاك وحقوقها مساسها إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد في الأعيان، فجوَّز هذا العقد وأثبت فيه شَبَهاً من البيع وشَبَهاً من الإجارة، وهذا معنى قوله في الكتاب[٣]: (وهي بيع فيها[٤] مشابهة الإجارة).

وإذا قلنا: إنه لا تملك به عين[٥]، فلو عقد[٦] بلفظ الإجارة، ولم يتعرض للمدة فوجهان:

أشبههما: أنه لا ينعقد أيضاً، لأنه يخالف البيع في قضية[٧] كما يخالف الإجارة في أخرى فإذا انعقد بلفظ البيع لتوافقهما في قضية، انعقد بلفظ الإجارة لتوافقهما في أخرى[٨] فإذا جرت هذه المعاملة وبنى المشتري عليه لم يكن للبائع أن يكلفه النقض ليغرم له أرش النقصان.

---

(١) في (ط الفكر): (والتحق).

(٢) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» للعمراني (٦/ ٢٥٧).

(٣) قوله: (في الكتاب) سقط من (ظ).

(٤) في (ز) و(ط الفكر): (فيه).

(٥) أي: أنه ليس بيعاً.

(٦) في (ز) و(ظ): (عقده).

(٧) في (ظ): (قضيته).

(٨) من قوله: (فإذا انعقد) إلى هنا سقط من (ظ).

ولو انهدم الجدارُ أو السقف[1] بعد بناء المشتري عليه وأعاد[2] مالكه فللمشتري إعادة البناء بتلك الآلات أو بمثلها، ولو انهدم قبل البناء فللمشتري البناء عليه إذا أعاده. وهل يجبره[3] على إعادته؟ فيه الخلاف السابق.

ولو هدم صاحب السفل أو غيره[4] السفل قَبْلَ بناءِ المشتري، فعلى الهادم قيمةُ حق البناء، لأنه حال بينه وبين حقه بالهدم، فإذا أعاد مالكُ السفلِ[5] السُّفلَ استردَّ الهادم القيمة، لأن الحيلولة قد ارتفعت[6] فلا يغرم أجرة البناء لمدة الحيلولة.

ولو كان الهدم بعد البناء، فالقياس أن يقال: إن قلنا: إنَّ مَنْ هدم جدار الغير يلزمه إعادتُه، فعليه إعادةُ السفل والعلو، وإن قلنا: يلزمه أرش النقص، فعليه أرش نقص الآلات، وقيمة حق البناء للحيلولة، وبالجملة فلا تنفسخ هذه المعاملة بما يعرض من الهدم والانهدام من جهة التحاقها بالبيوع.

ثم سواء جرى الإذن في البناء بعوض أو لا، فيجب بيانُ قدر الموضع المبني عليه طولاً وعرضاً، ويجب مع ذلك ـ إن كان البناء على الجدار أو السطح ـ بيان سمك البناء وطوله وعرضه، وكون الجدران منسدَّة أو خالية الأجواف، وكيفية السقف المحمول عليها، لأن الغرض يختلف، ولا يحتمل الجدار أو[7] السقف كل شيء.

---

(١) في (ط الفكر): (والسقف).

(٢) في (ز): (فأعاده)، وفي (ظ): (فأعاد).

(٣) في (ز): (يجبر).

(٤) في (ط الفكر): (غير).

(٥) سقط من (ط الفكر).

(٦) أي: زالت.

(٧) في (ز) و(ظ): (و).

وحكى القاضي الروياني وجهاً: أنه إذا أطلق ذكر البناء، كفى وحمل على ما يحمله المبني عليه.

ولا يشترط التعرض لِوَزْن ما يبنيه عليه، لأن الإعلام في كل شيء على ما يليق به ويعتاد فيه، وعن الشيخ أبي محمد: أن بعضهم يشترطه.

ولو كانت الآلات حاضرة، أغنت مشاهدتها عن[١] كل وصف وتعريف، وإن أذن في البناء على أرضه، لم يجب ذكر سمك البناء وكيفيته، لأن الأرض تحمل[٢] كل شيء.

وفيه وجه آخر، يذكر مع الأول في باب الإجارة: أنه يجب؛ لأن بتقدير القلع والتفريغ عند انقضاء مدة الإجارة أو الرجوع عن الإعارة، تطول مدة التفريغ وتقصر، بحسب كثرة[٣] النقض وقِلَّتِهِ، ويختلف الغرض بذلك.

فرع:

ادَّعى بيتاً في يد غيره فأقر له به، وتصالحا على أن يبني المقر على سطحه، جاز ذلك، وقد أعاره المقر له سطح بيته للبناء، ولو كان تنازعهما في سفله، والعلو مسلَّم للمدعى عليه، فأقر للمدعي بما ادَّعى وتصالحا على أن يبني المدعي على السطح ويكون السفل للمدعى عليه، جاز، وذلك بيع السفل بحق البناء على العلو.

المسألة الثانية: من احتاج إلى إجراء ماءِ المطر من سطحه على سطح الغير أو إجراء ماءٍ[٤] في أرض الغير، لم يكن له إجبارُ صاحب السطح والأرض عليه. وروى

---

(١) في (ظ): (في).

(٢) في (ظ): (تحتمل).

(٣) في (ط الفكر): (كَبِر).

(٤) من قوله: (المطر من) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

البندنيجي[1] وغيره عن القديم قولًا أنه يجبر، والمذهب الأول. فإن أذن فيه بإعارة أو بيع أو إجارة جاز. ثم في السطح لا بد من بيان الموضع الذي يجري عليه الماء والسطوح التي ينحدر منها الماء إليه، ولا بأس بالجهل بقدر[2] ماء المطر، لأن ذلك مما لا يمكن معرفته، وهذا عقدٌ جوِّز للحاجة. وإذا أذن وبيَّن ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء، فإن كان عارية فهو رجوع، وإن كان بيعاً أو إجارة فللمشتري أو المستأجر نقب البناء وإجراء الماء فيه.

وأما في الأرض فقد قال في «التهذيب»: لا حاجة في العارية إلى بيان، لأنه إذا شاء رجع، والأرض تحمل ما يحمل[3]. وإن آجَر وجب بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها وتقدير المدة، قال في «الشامل»: ولا بد أن تكون الساقية محفورة، فإن المستأجر لا يملك الحفر. وإن باع وجب بيان الطول والعرض. وفي العمق وجهان، بناءً على أن المشتري يملك موضع الجريان أو لا يملك إلّا حقّ الإجراء؟ وإيراد الناقلين يميل[4] إلى ترجيح الأول.

(١) القاضي أبو علي الحسن بن عبيد الله البندنيجي الشافعي المتوفى سنة (٤٢٥هـ)، كان من أصحاب الشيخ أبي حامد، اختصر كتابه وحذف أدلته وسماه بـ«الجامع»، وله كتاب «الذخيرة» أيضاً. انظر: «طبقات الشافعية» للإسنوي برقم (١٦٨)، و«تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ٢٦١).
قلت: وأبو نصر محمد بن هبة الله البندنيجي الشافعي المتوفى سنة (٤٩٥هـ)، كان من أصحاب أبي إسحاق الشيرازي وكان يعتمر في رمضان ثلاثين عمرة، ويقرأ كل أسبوع سورة الإخلاص ستة آلاف مرة، وله كتاب «المعتمد» في الفقه، وترجم له الإسنوي في «طبقات الشافعية» برقم (١٧٦)، ومَن المقصود هنا بالبندنيجي، هل هو أبو علي، أم أبو نصر؟ الله أعلم.

(٢) في (ط الفكر): (بالقدر من).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٥٥).

(٤) في (ز): (مثال)، في (ظ): (ميال).

وهذا إذا كان لفظُ البيع: «بعتُ منك مسيل الماء»، فإن قال: «حقَّ مسيلِ الماء»، فكذلك[(١)] صوَّر القفال فهو كبيع حق البناء، ويجيء في حقيقة العقدِ ما مرَّ في بيع حق البناء. وفي المواضع كلها ليس له دخول الأرض بغير إذن مالكها إلّا أن يريد تنقية النهر، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج النهر.

والمأذون[(٢)] في إجراء ماء المطر، ليس له إلقاء الثلج ولا أن يترك الثلجَ حتى يذوب ويسيل[(٣)] إليه، ولا أن يجري فيه ماء يغسل به ثيابه وأَوَانِيه، بل لا يجوز أن يصالح على[(٤)] ترك الثلوج على السطح أو إجراء الغسالات على مال؛ لأن الحاجة لا تدعو إلى مثله، وفي الأرض[(٥)] ضرر ظاهر، والثاني مجهول، والمأذون في إلقاء الثلج ليس له إجراء الماء.

وتجوز المصالحة على قضاء الحاجة في حَشِّ[(٦)] الغير على مالٍ، وكذا على جمع[(٧)] الزبل[(٨)] والقمامة في[(٩)] ملكه، وهي إجارة يراعى فيها شرائطها. وكذا المصالحة عن البيتوتةِ على سطح الجار، ثم لو باع مستحق البيتوتة منزله فليس للمشتري أن يبيت عليه بخلاف ما إذا باع مستحق إجراء الماء على سطح الغير مدة بقاء[(١٠)] داره، فإنه

---

(١) في (ظ): (وكذلك).

(٢) في (ظ): (والمأذون له).

(٣) في (ز) و(ظ): (فيسيل).

(٤) في (ز) و(ظ): (عن).

(٥) في (ز): (الأول).

(٦) في (ط الفكر): (حق). قلت: معنى الحَشَّ: البستان كما في «المصباح المنير»، مادة: حشش.

(٧) في (ظ): (جميع).

(٨) في (ط الفكر): (الرمل).

(٩) سقط من (ظ).

(١٠) سقط من (ز) و(ظ).

يستحق المشتري الإجراء بَقِيَّة المدة، لأن إجراء الماء من مرافق الدار دون البيتوتة.

وقوله في الكتاب: (ولا يجوز بيع حق الهواء لإشراع الجناح)، هذه المسألة احتج بها المزني للمنع من بيع حق البناء. وفرق الأصحاب بأن ذلك اعتياض عن مجرد الهواء، وحق البناء يتعلق بعين الموضع المبني عليه، حتى لو صالحه عن موضع الجذوع المشرعة على جداره صح، ولهذا يجوز إكراء المالك للبناء بالاتفاق، ولا يجوز إكراء الهواء. وكل حق يتعلق بعين[1] مجرى[2] الماء والممر، فهو كحق البناء بلا فرق.

وقوله: (حق مسيل الماء ومجراه)، اللفظتان متقاربتان، ويمكن حمل المسيل على الموضع الذي ينحدر إليه الماء، ويقف إلى النُّضُوب[3]، والمجرى على الموضع الذي يجري فيه الماء.

وقوله: (وكل الحقوق المقصودة على التأبيد)، فيه إشعار بأن الحقوق المتعلقة بالأعيان لَـمَّا كانت مقصودةً على التأبيد، ألحقت بالأعيان حتى استغنى العقد الوارد عليها عن التأقيت. والله أعلم.

فرع:

خرجت أغصان شجرته إلى هواء ملك[4] الجار، للجار أن يطالبه بإزالتها، فإن لم يفعل فله تحويلها عن ملكه، فإن لم يمكن[5] فله قَطْعها ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي، وفيه وجه ضعيف.

---

(١) في (ط الفكر): (بغير).

(٢) في (ز): (كمجرى).

(٣) نَضَبَ الماء نُضُوباً أي غار في الأرض، من باب قَعَدَ. «المصباح المنير»، مادة: نضب.

(٤) في (ز): (دار).

(٥) في (ظ): (لم يتمكن).

ولو صالحه على إبقائها بعوضٍ لم يجز إن [لم][1] يستند الغصن إلى شيء، لأنه اعتياض عن مجرد الهواء، وإن استند إلى جدار فإن كان بعد الجفاف جاز، وإن كان رطباً فلا؛ لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره. وعن طائفةٍ مِنْ بَصْرِيِّي أصحابنا: أنه[2] يجوز، وما يَنْمُو يكون تابعاً، وانتشار العروقِ كانتشار الأغصان، وكذلك ميل الجدار إلى هواءِ الجار، قاله الإصطخري. والله أعلم.

* * *

(١) أقول: هذه زيادة مهمة لم ينبه عليها المحقق من أين أثبتها وهي موجودة في «الروضة» (٤/ ٢٢٣)، وفي «العزيز» ط دار الكتب العالمية (٥/ ١١٧). (م ع).

(٢) في (ظ): (من أصحابنا البصريين أنه).

قال رحمه الله:

(الفَصلُ الثالث: في التَّنازع

وفيه ثلاثُ مسائل: الأولى: لو[١] ادَّعى على رجلَين داراً وهي[٢] في يدِهما، فكذَّبَه أحدُهما وصدَّقَه[٣] الآخر، فصالحَ المصدِّقَ على مالٍ، فأرادَ المكذِّبُ أخذَه بالشُّفعة، إن ادَّعى عليهما عن جهتَينِ جاز، وإن ادَّعى عن جهةٍ واحدةٍ من إرثٍ أو شراءٍ فلا؛ لأنه كذبُه في استحقاقِه، فالصُّلحُ باطلٌ بقولِه. وفيه وجهٌ: أنه يأخُذ[٤]).

كلام الفصل في ثلاث مسائل:

الأولى: إذا ادَّعى رجل على رجلين داراً في أيديهما، فصدقه أحدهما وكذبه الآخرُ، ثبت له النصفُ بإقرار المصدقِ، والقولُ قول المكذب في إنكاره، فلو صالح المدعي المقر[٥] على مال، فأراد المكذب أخذَه بالشفعة، هل له ذلك؟ اختَلَفَت طرق الناقلين في الجواب.

فقال[٦] الشيخ أبو حامد وقومٌ: إن مَلَكاها[٧] في الظاهر بسببين مختلفين، فله

---

(١) سقط من (ز).

(٢) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (وصالحه).

(٤) في (ز): (يأخذه).

(٥) سقط من (ز).

(٦) في (ط الفكر) و(ظ): (قال).

(٧) في (ط الفكر): (ملكها).

ذلك، لأنه لا تعلق لأحد الملكين[١] بالآخر، وإن ملكاها[٢] بسبب واحد من إرث أو شراء، فوجهان:

أحدهما: المنع، لأن الدار يزعم المكذب أنها ليست للمدعي فإن في ضمن إنكاره تكذيب المدعى[٣] في نصيب المقر أيضاً، وحينئذ يكون الصلح باطلًا.

وأظهرهما: أن له الأخذ لحكمنا في الظاهر بصحة الصلح، وانتقال الملك إلى المقر، ولا يبعد انتقال نصيبِ أحدِهما إلى المدعي دون الآخر إن ملكاه[٤] بسبب واحد.

وهذا الطريق هو الذي أورده الإمام والمصنف في «الوسيط»[٥] لكنهما جعلا أظهر الوجهين المنع. وفي أصل الطريقة إشكال، لأنا لا نحكم بالملك إلّاَ بظاهر اليد، ولا دلالة لليد على اختلاف السبب واتحاده. فبمَ يعرف الحاكم الاختلاف والاتحاد؟ وإلى قول من يرجع؟ ومن الذي يقيم البينة عليه؟

وقال صاحب الكتاب هاهنا: إن ادَّعى عليهما من جهتين، فللمكذب الأخذ بالشفعة، وإن ادَّعى عن جهة واحدة ففيه الوجهان[٦]. وفيه وقفات أيضاً وقصور عن الوفاء بالجواب، لأن المدعي ليس من شرطه التعرض لسبب الملك. وبتقدير تعرضه له، فليس من شرط الإنكار نفي السبب بل يكفي نفي الملك، وبتقدير تعرضه له[٧] فلا[٨] يلزم من تكذيبه المدعي في قوله: «ورثت هذه الدار» زعم أنه لم يرث نصفها.

---

(١) في (ظ): (المالكين).

(٢) في (ط الفكر): (ملكها).

(٣) من قوله: (فإن في) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) في (ز): (وإن ملكاها).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٠٨)، «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٦٣).

(٦) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٦٣).

(٧) من قوله: (له، فليس) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٨) في (ظ): (قد).

وقال ابن الصباغ: إن اقتصر المكذب على أنه لا شيءَ لك في يدي، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك، أخذ الشفعة، وإن قال مع ذلك: «وهذه الدار ورثناها»، ففيه الوجهان.

وهذا أقرب الطرق على أن قوله: «ورثناها» لا يقتضي بقاء نصيب الشريك في ملكه، بل يجوز انتقاله إلى المدعي، فليُقْطَعْ[1] بجواز الأخذ بالشفعة إلّا أن يتعرض لكون الشريك مالكاً في الحال. هذا إذا ادَّعى رجل على رجلين.

ولو ادَّعى رجلان داراً في يد رجل، فأقر لأحدهما بنصفها، نظر: إن ادعيا أنهما ورثاها شارك الـمُكذَّب الـمُصدَّقَ فيما سلمه المدعى عليه، لأن الإرث يقتضي شيوعَ التركة بين الورثة، فما يخلص يكون بينهما، وصار كما لو تلف بعض التركة وحصل البعض. هذا إذا لم يتعرضا لقبض الدار.

أما إذا قالا: «ورثناها وقبضناها ثم غصبتها منا»، فوجهان[2]:

منهم من قال: يشاركه أيضاً، لأن إيجاب الإرث الشيوع لا يختلف، ويحكى هذا عن أبي حنيفة[3] ومالك رضي الله عنهما.

وقال الأكثرون: لا يشاركه[4][5] لأن الشركة إذا حصلت في يد الورثة، صار كل واحد منهم[6] قابضاً لحقه، وانقطع حقه عنه عما في يد الآخرين، ألا ترى أنه يجوز

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٢٢٤): «قلت: هذا الذي اختاره هو الصواب. وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه. والله أعلم».

(٢) وعدم الاشتراك هو الصحيح عند النووي في «الروضة» (٤/ ٢٢٤).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٧٢).

(٤) وعدم الاشتراك هو الصحيح عند النووي في «الروضة» (٤/ ٢٢٤).

(٥) قوله: (وقال الأكثرون لا يشاركه) سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ز) و(ظ): (منهما).

أن يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصَّةً، بأن تزال يده، فإن المغصوب لا يكون مشتركاً بينهما.

وإن ادَّعيا الاستحقاق بجهة غير الإرث من شراء وغيره، إن لم يقولا: «اشترينا معاً» أو: «اتهبنا[(١)] معاً»[(٢)]، لم يشارك الـمُكذِّبُ الـمُصدَّق، بل هو كما لو عين[(٣)] هذا جهة وهذا غيرها، وإن قالا: «اشترينا معاً» أو: «اتهبنا وقبضنا معاً»، فوجهان:

أظهرهما ـ وبه قال الشيخ أبو حامد وأصحابه وتابعهم القاضي الحسين ـ: إن الحكم كما ذكرنا في الإرث.

والثاني ـ ويحكى عن أبوي علي ابن أبي هريرة والطبري، وبه قال القاضي ابن كج والشيخ أبو محمد ـ: أنه لا يشركه؛ لأن تعدد المشتري يقتضي تعدد العقد، فهو كما لو ملكا بعقدين.

ولو لم يتعرضا لسبب الاستحقاق أصلاً، فلا شركة بحالٍ، نص عليه في «المختصر». وحيث قلنا بالشركة في هذه الصور[(٤)]، فلو صالح الـمُصدَّق المدعى عليه عن القربة على مال، نظر: إن صالح بإذن الشريك صح، وإلّا بطل في نصيب الشريك. وفي نصيبه قَوْلا تفريقِ الصفقة. وعن بعض الأصحاب تصحيح الصلح في جميع المقرّ به لتوافق المتعاقدين وتقارهما، وهو ضعيف.

ولو ادَّعيا داراً في يده فأقر لأحدهما بجميعها، فالجواب أنه إن وجد من المقر

---

(١) في (ز): (اتهبنا وقبضنا).

(٢) قوله: (أو اتهبنا معاً) سقط من (ظ).

(٣) في (ز): (غبن).

(٤) في (ط الفكر): (الصورة).

له في الدعوى ما يتضمن إقراراً لصاحبه بأن قال: «هذه الدار بيننا»، وما أشبه ذلك، شاركه صاحبه فيها.

وإن لم يوجد بل اقتصر على دعوى النصف، نظر: إن قال بعد إقرار المدعى عليه بالكل: «الكل لي»، سلم الكل له، ولا يلزم من ادعائه النصفَ أن لا يكون الباقي له، لجواز أن لا تساعده البينة في الحال إلّا على النصف أو يخاف الجحود الكلي لو ادَّعى الكل[1]. وإن قال: «النصف الآخر لصاحبي»، سلم إليه. وإن لم يثبته لنفسه ولا لصاحبه، فيترك في يد المدعى عليه أو يحفظه القاضي[2]، أو يسلم إلى صاحبه الذي يدعيه؟ فيه ثلاثة[3] أوجه. أصحها: أولها. وهي بتوجيهها تذكر في موضعها، إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) قوله: (لو ادّعى الكل) سقط من (ز).

(٢) قوله: (أو يحفظه القاضي) سقط من (ز).

(٣) سقط من (ط الفكر).

قال رحمه الله:

(الثانية: تَنازعا جداراً حائِلاً بين مُلكَيهما فهو في أيديهِما[1]. فلو كانَ وجهُ الجدارِ أو الطّاقاتِ أو مَعاقِدُ القمطِ إلى أحدِهما، لم يُجعَل (م) صاحبَ يد، لأن كونَه حائلاً بينهما علامةٌ ظاهرةٌ للاشتراك، فلا يغيَّرُ بمثلِه. وكذلك (ح) لو كانَ لأحدِهما عليه جذوعٌ بخلافِ ما لو شَهِدَت بيِّنةٌ لأحدِهما بالـمُلكِ في الجدار يصيرُ (و) صاحبَ يدٍ في الأسِّ؛ إذ ليسَ فيه علامةُ الاشتراك. وكذا راكبُ الدّابةِ مع المتعلِّقِ بلجامِها مختَصٌّ باليدِ (و)؛ إذ ليسَ ثمّةَ علامةٌ قويّةٌ في الاشتراك، فالرّكوبُ ظاهرٌ في التخصيص، أما وضعُ الجذوعِ فزيادةُ انتفاعٍ، فهو كزيادةِ الأقمشةِ في الدّار، وكذلك إذا تنازعَ صاحبُ العلوِّ والسُّفل في السَّقف، فهو في يدِهما (ح م)؛ إلّا إذا كانَ بحيثُ لا يمكنُ إحداثُه بعدَ بناءِ العلوّ، فيكون متَّصلاً بجدارِ صاحبِ السُّفل اتصالَ تَرصيف؛ وهو[2] علامةُ اليد. وكذا الجدارُ المتنازعُ فيه إذا اتَّصلَ بأحدِهما اتصالَ ترصيف، كانَ هو صاحبُ اليد).

في المسألة صورتان:

إحداهما: إذا تنازعا جداراً حائلاً بين ملكيهما، فله حالتان:

الأولى: أن يكون متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بنائه، فيرجح جانبه؛ لأن اتصاله به أمارة ظاهرة على يده وتصرفه.

---

(١) في (ز): (يدهما).

(٢) في (ز): (فهو).

وصورته: أن يدخل نصف لبناتٍ من الجدار المتنازع[١] فيه في جداره الخاص، ونصف[٢] من جداره الخاص في المتنازع فيه. ويتبين ذلك في الزوايا، وكذلك إذا كان لأحدهما أزج لا يتصور إحداثه بعد تمام[٣] الجدار بانَ أَمْيَلَ من مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً، وإذا ترجح جانبه حَلَفَ وحكم بالجدار له، إلّا أن تقوم بينةٌ على خلافه. ولا يحصل الرجحان بأن يوجد الترصيف[٤] المذكور في مواضع معدودة في طرف الجدار، لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار، بنزع طوبة[٥] وإدراج أخرى. ولو كان الجدار المتنازع[٦] مبنياً على خشبة طرفها في ملك أحدهما وليس منها[٧] في ملك الثاني شيء، فالخشبة لمن طرفها[٨] في ملكه، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً. قال الإمام: وليست المسألة خالية عن الاحتمال[٩].

والثانية: أن لا يكون متصلاً ببناء أحدهما خاصة، بل يكون متصلاً ببنائهما جميعاً أو منفصلاً عنهما فهو في أيديهما. فإن أقام أحدهما بينةً قُضِيَ له، وإلّا حلف كل واحد منهما للآخر[١٠]. فإن حلفا أو نكلا جُعِلَ الجدار بينهما بظاهر اليد. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي للحالف بالكل، وعلام يحلف؟ كل واحد منهما على النصف الذي يسلم له أو الجميع؛ لأنه ادَّعى الجميع؟ فيه وجهان، أظهرهما: الأول.

---

(١) في (ز): (يدخل رصف من لبنات المتنازع).

(٢) في (ز): (رصف).

(٣) أي: بناء.

(٤) في (ز): (الرصف).

(٥) أي: لبنة.

(٦) في (ز) و(ظ): (المتنازع فيه).

(٧) في (ز): (فيهما).

(٨) من قوله: (ملك أحدهما) إلى هنا سقط من (ظ).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٨٤).

(١٠) في (ظ): (لآخر).

وتكلم الشافعي رضي الله عنه في هذا الموضع في أمرين عدَّهما بعضُهم من أسباب ترجيح أحدهما، قال[١]: ولا نظر[٢] إلى من إليه الخوارج ولا[٣] الدواخل ولا أنصاف اللبن ولا معاقد القُمُط.

قال المفسرون لكلامه: المراد بالخوارج: الصور والكتابات المتخذة في ظاهر الجدار بلبنات تخرج أو بجص أو آجر، وبالدواخل: الطاقات والمحاريب في باطن الجدار، وبأنصاف اللبن[٤]: أن يكون الجدار من لبنات مقطعة[٥]، فتجعل الأطراف الصحاح إلى جانب ومواضع الكسر إلى جانب، ومعاقد[٦] القمط يكون[٧] في الجدران المتخذة من القصب أو الحصير، وأغلب ما يكون ذلك في السُّتُورِ[٨] بين السطوح فتشد بحبال أو خيوط، وربما تجعل عليها خشبة معترضة ويكون العقد من جانبٍ، والوجه المستوي من جانب، وبه قال أبو حنيفة[٩] وأحمد[١٠] رحمهما الله.

وقال مالك[١١] رحمه الله: يثبت الترجيح بالخوارج والدواخل وبأن تلي الأطراف الصحيحة من اللبنات ملكه.

---

(١) أي: الشافعي.
(٢) في (ز): (ولا أنظر).
(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (والدواخل).
(٤) في (ز): (اللبنات).
(٥) في (ظ): (منقطعة).
(٦) في (ظ): (ومواضع).
(٧) في (ز): (أن يكون).
(٨) في (ز): (السترة).
(٩) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٨٢).
(١٠) «المغني» (٤/ ٥٦١).
(١١) «مواهب الجليل» (٥/ ١٥٠).

وأما في معاقد القُمُط، فنقل الشيخ[١] الصيدلاني والمسعودي عن مذهبه: أنه يرجح جانبُ من يلي ملكُه الوجهَ المستوي منها[٢]؛ لأنه أحسن، وهذا قياس ما ذكرنا من[٣] أنصاف اللبنات.

ونقل غيرهما: أنه يرجح جانب من يلي معاقد القمط ملكه، وربما وجَّهوه بأنه إذا كان المعاقد إليه، فالظاهر أنه وقف في ملكه وعقده.

لنا: أن كونه حائلاً بين الملكين علامةٌ قويةٌ[٤] في الاشتراك، فلا تغير بهذه[٥] الأسباب الضعيفة التي معظم القصد منها الزينة كالتجصيص والتزويق.

والثاني: لو كان لأحدهما عليه جذوع لم[٦] يرجَّح جانبه به، وبه قال أحمد[٧] خلافاً لأبي حنيفة[٨] ومالك[٩][١٠].

واحتج لهما: بأن الجارين لو تنازعا في الجدار وشهدت بينة لأحدهما وقضي بها، يصير المشهود له صاحب يد في الأس، فإذا اقتضى الجدار على الأساس الترجيح

---

(١) في (ز) و(ظ): (الشيخين).

(٢) في (ز): (منهما).

(٣) في (ز) و(ظ): (في).

(٤) في (ظ): (قربة).

(٥) في (ط الفكر): (بهيئة).

(٦) في (ظ): (لا).

(٧) «المغني» (٤/ ٥٦٢).

(٨) وعند أبي حنيفة رحمه الله: الجدار لمن جذوعه على الحائط أو اتصل ببنائه اتصال تربيع بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار في لبنات ذلك. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٨٢).

(٩) نسبه إليه ابن قدامة أيضاً في «المغني» (٤/ ٥٦٢)، ولم أجده في كتب المالكية.

(١٠) من قوله: (والثاني) إلى هنا سقط من (ز).

أقول: هو في «الذخيرة» للقرافي (١١/ ٢٩). (م ع).

ففي[1] الأساس وجب أن يقتضي الجذوع على الجدار الترجيح في الجدار. وأيضاً: فإن صاحب الجذوع مستولٍ على الجدار يداً وتصرفاً فترجح جانبه، وإن كان للآخر تعلق به[2] كما لو تنازعا دابة وأحدُهما راكبها، والآخر آخذ بلجامها، أو ثوباً وأحدهما لابسه، والآخر آخذ بطرفه.

لنا: أن وضع الجذوع لا يدل على اليد والملك؛ لوجهين[3]:

أحدهما: أن من العلماء من جوَّز وضع الجذوع على جدار الغير بغير إذن المالك، فلعل مفتياً أفتى له به.

والثاني: أنه لو دل عليهما لاستوى فيه القليل والكثير، ألا ترى أن كون جميع الثوب في يد الإنسان، وكون طرف منه في يد[4] واحد، وبالعكس، مما لا يدل عليهما يستوي فيه القليل والكثير كالتجصيص والتزويق[5]، وقد سلم أبو حنيفة[6] أن الجذع الواحد لا يقتضي الترجيح، وفي الجذعين الخلاف[7] عنه.

إذا تقرر ذلك كان وضع الجذوع زيادةَ انتفاعٍ من أحدهما، كما إذا تنازعا داراً في يدهما وأقمشة أحدهما فيها[8] أكثر، لا يرجح جانبه.

---

(١) في (ظ) و(ز): (في).

(٢) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (لأمرين).

(٤) في (ظ): (يده).

(٥) هو مثل التزيين والتحسين، «المصباح المنير»، مادة: زوق.

(٦) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٨٣).

(٧) في (ز) و(ظ): (اختلاف رواية).

(٨) سقط من (ظ).

وأما مسألة الأس: فإن الإمام وصاحب الكتاب صوَّراها كما ذكرنا[١]، ولم ينقلا فيها خلافاً. والعراقيون احتجوا لأبي حنيفة بأنهما إذا تنازعا في العرصة ـ يعني بالعرصة هاهنا الأس ـ وهما[٢] متفقان على أن الجدار لأحدهما، حيث يجعل صاحب الجدار صاحب اليد في العرصة. فاعلم أن غرض الاحتجاج حاصل بهذا القدر، وتصوُّر[٣] إقامة البينة مستغنى عنه، ثم إنهم في الجواب نقلوا في المسألة وجهين للأصحاب، فإن منعنا فذاك، وإن سلمنا، وهو الأظهر، فالفرق من وجهين:

أحدهما: أن الجدار على العرصة دليل اليد والملك فيها، لأنه لم يجوز أحد البناء في عرصة الغير، ووضع الجذوع بخلافه على ما مر.

والثاني: أن علامة الاشتراك ظاهرة في الجدار، فإنه كالجزء من كل واحد من الدارين، وليس في العرصة علامة الاشتراك. فإذن مسألة الأس كما لو تنازعا داراً لا يسكنانها ولأحدهما فيها أمتعة، ومسألة وضع الجذوع كما لو تنازعا داراً يسكنانها ولأحدهما فيها أمتعة زائدة.

وأما مسألة الدابة، فهي ممنوعة، بل هما سواء على قول أبي إسحاق[٤]، وعلى التسليم وهو المذهب، فالفرق أن الركوب يقتضي اليد والملك وهو أقوى، فاقتضى[٥] الترجيح. ووضع الجذوع قد بينا أنه لا يقتضي اليد، والأزج المبني على رأس الجدار بعد تمامه على الامتداد كالسقف لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار، فإذا جعلنا الجدار في أيديهما وحلفا، لم ترفع الجذوع، بل تترك بحالها لاحتمال أنها وضعت بحق.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٧٩)، «الوسيط في المذهب» للغزالي (٤/ ٦٤).

(٢) في (ز): (وهنا).

(٣) في (ظ) و(ز): (تصوير).

(٤) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٣/ ٤٢٣).

(٥) في (ظ): (ما اقتضى).

الصورة الثانية: السقف المتوسط بين علو أحدهما وسفل الآخر كالجدار المتوسط بين الملكين. فإذا تداعيا[1] نظر: إن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج[2] الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو، فيجعل في يد صاحب السفل، لاتصاله ببنائه على سبيل الترصيف[3]. فإن أمكن إحداثه بعد بناء العلو بأن يكون السقف عالياً فيثقب وسط الجدار وتوضع رؤوس الجذوع في الثقب فيصير البيت بيتين، فهو في أيديهما لاشتراكهما في الانتفاع به. فإنه أرضٌ لصاحب العلو وسماءٌ لصاحب السفل، وبهذا قال أحمد[4].

وقال أبو حنيفة[5]: هو لصاحب السفل، وبه قال مالك[6] في رواية[7]، والأشهر عنه[8]: أنه لصاحب العلو.

وأما لفظ الكتاب فقوله في أول المسألة: (فهو في أيديهما)، يعني إذا لم يتصل بملك أحدهما اتصال ترصيف، وقد استدرك ذلك وبيَّنه في آخر صورة التنازع في السقف.

وقوله: (لم يجعل صاحب اليد[9])، معلم بالميم. ويمكن أن يقرأ قوله: (أو معاقد القمط)، بالرفع عطفاً على الوجه، وبالجر عطفاً على الجدار، ولا يختلف

---

(١) في (ز): (تداعياه).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (الرصف).

(٤) «المغني» (٤/ ٥٦٤).

(٥) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٨٢).

(٦) «مواهب الجليل» (٥/ ١٤٧)، وعند المالكية السقف يكون لمن يضاف إليه البيت، ولم أعثر على أنه لصاحب العلو عندهم، إلّا أن ابن قدامة حكى عن مالك هذين الوجهين في «المغني» (٤/ ٥٦٤).

(٧) قوله: (في رواية) سقط من (ز).

(٨) سقط من (ز).

(٩) في (ز): (يد).

الحكم عندنا، لكن إذا حاولنا الإشارة بنقيضه إلى مذهب مالك، وأخذنا برواية المسعودي والصيدلاني فالوجه أن يقرأ بالجر، وإن أخذنا برواية غيرهما فالوجه أن يقرأ بالرفع[١].

وقوله: (وكذلك لو كان لأحدهما عليه جذوع)، بالحاء. وقوله: (يصير صاحب يد في الأس)، يجوز إعلامه بالواو، لأن الخلاف الذي أورده العراقيون في الصورة التي ذكرناها[٢] جارٍ هاهنا بلا فرق.

وكذلك قوله: (مختص باليد)، للوجه المنقول عن أبي إسحاق[٣]. وقوله في مسألة السقف: (فهو في أيديهما)، معلم بالحاء والميم، لما مر من مذهبهما. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الثالثة: علو الخان لواحدٍ وسفله لآخر، وتنازعا في العرصة، إن كان المرقى في أسفل الخان فالعرصة في يدهما، وإن كان في دهليز الخان فوجهان).

إذا كان[٤] علو الخان لواحد[٥] وسفله[٦] لآخر وتنازعا في العرصة أو الدهليز لم يَخْلُ، إما أن يكون المرقى في صَدْرِ الخان أو الدارِ أو في[٧] الدهليزِ أو في[٨] الوسط

(١) من قوله: (وإن أخذنا) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ز) و(ظ): (ذكروها).

(٣) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٣/ ٤٢٣).

(٤) قوله: (إذا كان) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ز): (لأحدهما)، في (ظ): (والدار لأحدهما).

(٦) في (ز) و(ظ): (والسفل).

(٧) سقط: (في) من (ط الفكر). والدِهْلِيزُ: المدخل إلى الدار. «المصباح المنير»، مادة: دهز.

(٨) سقط: (في) من (ط الفكر).

أو خارج الخان أو الدار[١] إن كان في الصدر، جعلت[٢] العرصة والدهليز بينهما، لأن لكل واحد منهما فيهما[٣] يداً وتصرفاً من الطروق ووضع الأمتعة وغيرهما. قال الإمام: وكان لا يبعد أن يقال: ليس لصاحب العلو إلّا حَقُّ الممر، وتجعل الرقية لصاحب السفل، ولكن لم يَصِرْ إليه أحدٌ من الأصحاب[٤].

وإن كان المرقى في الدهليز أو في الوسط، فمِنْ أولِ البابِ إلى المرقى بينهما، وفيما وراء ذلك وجهان:

أصحهما: أنه يجعل لصاحب السفل لانقطاع الآخر عنه واختصاصه بصاحب السفل يداً وتصرفاً.

والثاني: أنه يجعل بينهما، لأنه قد ينتفع به صاحب العلو بإلقاء الأمتعة فيه وطرح القمامات.

وإن كان المرقى خارجاً عن خطة الخان والدار، فلا تعلق لصاحب العلو بالعرصة بحال. ولو كانت المسألة بحالها فتنازعا في المرقى وهو غير خارج، فينظر: إن كان منقولاً كالسلالم التي توضع وترفع[٥] في بيتٍ لصاحب السفل، فهو في يده. وإن كان في غرفة لصاحب العلو، فهو في يده. وإن كان منصوباً في موضع المرقى[٦]، فقد حكى القاضي ابن كج: أن الأكثرين صاروا إلى أنه لصاحب العلو، لعود منفعته إليه.

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (والدار).

(٢) في (ط الفكر): (الدار بجانب العرصة جعلت).

(٣) في (ط الفكر): (فيها).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٠٣).

(٥) من قوله: (منقولًا) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ظ): (الرقى).

وأن ابن خيران ذهب إلى أنه لصاحب[1] السفل، وهذا هو الوجه كسائر منقولات الدار[2]، وإن ثبت الأول فليخرج وجه في اندراج السلم الذي لم يسمر تحت تبع الدار. وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه كالسلم المسمر والأخشاب المعقودة، فهو لصاحب العلو؛ لعود فائدته إليه. وكذا إذا كان مثبتاً[3] من لبن أو آجر إذا لم يكن تحته شيءٌ، وإن كان تحته بيتٌ فهو بينهما كسائر السقوف. وإن كان تحته موضع جبٍّ أو جرة، فوجهان عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما[4]، أنه كما لو كان تحته بيتٌ. والأصح أنه يجعل لصاحب العلو، لظهور بنائه لغرض صاحب العلو. وضعفِ منفعة صاحب السفل. والله عز وجل أعلم.

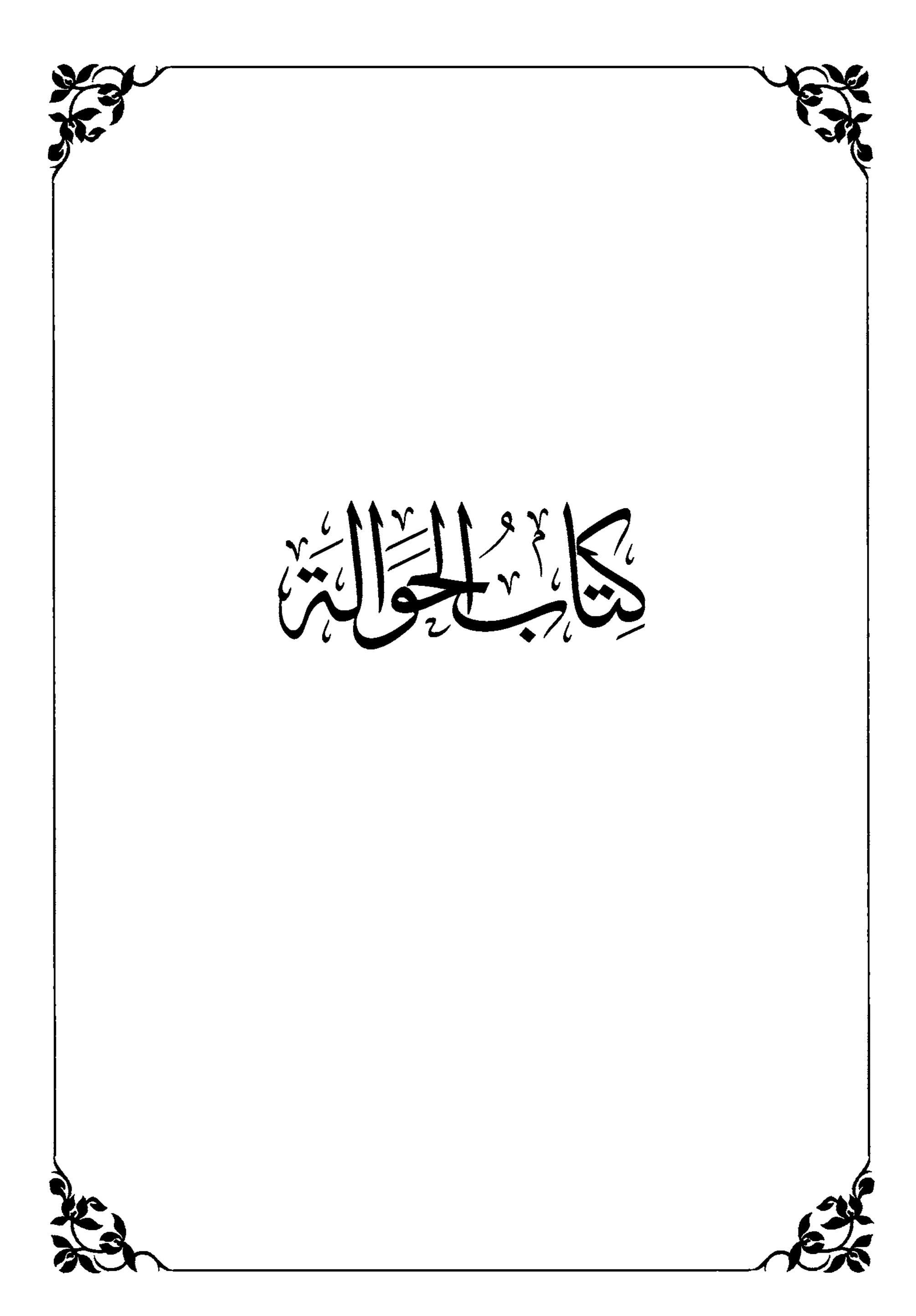
* * *

(١) من قوله: (العلو) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) في (ز): (كسائر المنقولات).

(٣) في (ظ) و(ز): (مبنياً).

(٤) «المهذَّب» لأبي إسحاق الشيرازي (٣/ ٤٢٣).



كِتَابُ الحَوَالَةِ

قال رحمه الله تعالى:

(كتاب الحوالة[١]

وهي معامَلةٌ صحيحة؛ لقولِه ﷺ: «مطلُ الغنيِّ ظُلم[٢]، فإذا أُحيلَ أحدُكم على مَلِيءٍ فليَحتَل»، والنَّظرُ في شرائطِها وأحكامِها[٣].

أما الشرائط؛ فالأول[٤]: رضا المستحِقِّ للدَّينِ والمستَحقِّ عليه (و) إيجاباً وقبولاً، ورضا الـمُحالِ عليه لا يُشترَط (ح و)؛ لأنه محلُّ التَّصرُّف، وهل يُشترطُ أن يكونَ على الـمُحالِ عليه دينٌ؟ فيه وجهان. فإن لم يَشترِط فحقيقتُه تجويزُ الضَّمانِ بشرطِ براءةِ الأصيل، وعند ذلكَ يُشترطُ رضاه لا مَحالة).

أصل الحوالة مـجمع عليه، ويدل عليه[٥] من جهة الخبر ما روى الشافعي رضي الله عنه عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة[٦] أن رسول الله ﷺ

---

(١) هي نَقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.
أقول: الحوالة: هي بفتح الحاء أفصح من كسرها، من التَّحوُّل والانتقال. وفي الشرع: عقدٌ يقتضي نقل دينٍ مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ، وتطلق على انتقاله مِن ذِمَّة إلى أُخرى.
انظر: «التوقيف على مهمات التعاريف» للمناوي (ص١٤٩) و«أسنى المطالب» (٢/ ٢٣٠). (م ع).

(٢) قوله: (مطلُ الغني ظلم) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (في شرطها وحكمها).

(٤) في (ز): (أما الشرائط فثلاث الأولى).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) من قوله: (عن مالك) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

قال: «مَطْلُ الغني ظلم فإذا أُتْبِعَ أحدُكم على مَلِيءٍ فليَتْبَعْ»[1]، ويروى: «وإذا أُحِيلَ أحدُكم على مَلِيءٍ فليَحْتَلْ»[2].

وهو معنى اللفظ الأول، قال في «الصحاح»[3]: «ويقال[4]: أُتْبِـعَ فلانٌ بفلانٍ، إذا أُحيل له عليه، والتبيع[5] الذي لك عليه مال».

ثم الأشهر في[6] الرواية: «وإذا أُحِيل أحدُكم» بالواو[7]. ويروى:[8] «فإذا أُحيلَ أحدُكم» بالفاء[9]. فعلى التقدير الأول: هو مع قوله: «مَطْل الغنيِّ ظلمٌ» جملتان لا

---

(١) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٥٤٢)، برقم (٢٢٨٧)، في الحوالة، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة. ومسلم (٣/ ١١٩٧)، برقم (١٥٦٤)، في المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولـها إذا أحيل على مليء، وكلاهما بهذا اللفظ عن أبي هريرة، والشافعي في «الأم» (٣/ ٢٢٨).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٤٦٣)، عن أبي هريرة بلفظ: «مطل الغني ظلم، ومَنْ أحيل على مليء فليَحْتَلْ». وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٧)، برقم (٣٢٠٦)، في البيوع، باب في المطل، عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: «مطل الغني ظلم، وإذا أُتبِعَ أحدكم على مليء فليَتْبَعْ» وسكت عليه، وقال المنذري: «أخرجه البخاري ومسلم الترمذي والنسائي وابن ماجَهْ». ومسلم (٣/ ١١٩٧)، برقم (١٥٦٤)، في المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على مليءٍ، بلفظ: «وإذا أُتبع أحدكم على مليء فليتبع».

(٣) انظر: «الصحاح» (٣/ ١١٩٠)، مادة: تبع. وصاحب «الصحاح»: هو إسماعيل بن حماد الجوهري أبو نصر الفارابي، وفاراب من بلاد الترك، كان إماماً في اللغة والأدب والكلام والأصول، وأخذ من كبار علماء الدنيا، ولم يصنف أحد قبله مثل كتاب «الصحاح»، وله كتاب في العروض ومقدمة في النحو أيضاً توفي في (٣٩٦هـ)، أو: (٣٩٣هـ)، أو: (٤٠٠هـ). انظر: «بغية الوعاة» (١/ ٤٤٦)، برقم (٩١٣).

(٤) سقط من (ز).

(٥) وهو الغريم. كما في «لسان العرب»، مادة: تبع.

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (من).

(٧) سقط من (ظ).

(٨) من قوله: (وإذا أُحيل) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٩) سقط من (ظ).

تعلق للثانية بالأولى، كقوله[١] ﷺ: «العارية مردودةٌ والزعيم غارمٌ»[٢].

وعلى الثاني: يجوز أن يكون المعنى في[٣] الترتيب أنه إذا كان المطل ظلمًا من الغني فليقبل من أحيل بدينه عليه فإن الظاهر[٤] أنه يحترز عن الظلم ولا يمطل.

ثم الأمر في قوله: «فليتبع» أو: «فليحتل» أمر استحباب.

وعن أحمد[٥]: أنه للوجوب.

واعلم أنه إذا كان لزيد عليك عشرة، ولك على عمروٍ مثلُها، فأحلتَ زيداً على عمروٍ، فأنت محيل، وزيد محتال، وعمرو محال عليه. وقد كان لزيد عليك دين، ولك على عمرو دين، وجَرَتْ بينك وبين زيد مراضاةٌ بها، انتقل حقه إلى عمرو، فهذه ستة أمور لا بد منها في وجود الحوالة.

---

(١) في الأصل: (لقوله)، والصحيح ما أثبتناه.

(٢) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٩٩)، رقم (٣٤٢١)، في البيع، باب في تضمين العارية، عن أبي أمامة الباهلي وفيه: «العارية مؤداة. والمنحة مردودة والدَّين مقضيٌّ والزعيم غارم» وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي وابن ماجَهْ مختصراً. وقال الترمذي: حسن صحيح، وذكر الاختلاف في رواية إسماعيل بن عياش». والترمذي (٣/ ٥٦٥)، برقم (١٢٦٥)، في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وقال: «حسن غريب»، ورواه غيرهم بطريق إسماعيل بن عياش. قال صاحب «التنقيح»: «وأحاديثه عن الشاميين جيدة»، قاله صاحب «نصب الراية» (٤/ ٥٨).
قلت: ووثقه أيضاً أحمد وابن معين ودحيم والبخاري وابن عدي في أهل الشام، وضعفوه في الحجازيين كما في «خلاصة الخزرجي» ص٣٥.
وقوله: «العارية مؤداة» رواه ابن حبان في صحيحه مع «الإحسان» وبترتيبه (٧/ ٢٧٧)، في العارية، بطريق حاتم الطائي عن أبي أمامة .
انظر للتفصيل: «نصب الراية» (٤/ ٥٧ – ٥٨، ١١٧ – ١١٨)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٤٧).

(٣) في (ظ): (من).

(٤) في (ط الفكر): (الغني فإذا أحيل بدينه فإن الظاهر).

(٥) «كشاف القناع» (٣/ ٣٨٦).

ويشترط في صحتها أمور: منها ما يرجع إلى[1] الدَّيْنَيْنِ، ومنها ما يتعلق بالأشخاص الثلاثة، وصاحب الكتاب حاول جَمْعَ الشروط وأعرض عن تفصيل ما يفتقر إليه وجودُ الحوالةِ لوضوحه واكتفى بما بينه في سائر العقود.

وأول ما نذكره أصلٌ شديد التوغل في مسائل الباب[2] وهو: أن الحوالة استيفاءُ حقٍّ أو بيع و[3] اعتياض؟ وفيه وجهان أو قولان منسوبان إلى ابن سريج وغيره[4]:

أحدهما: أنها استيفاء حق، كأن المحتال استوفى ما كان[5] له على المحيل وأقرضه المحال عليه. ووجهه أنها لو كانت معاوضةً لَجَازَ أن يحيل بالشيء على أكثر منه أو أقل، ولَمَا جاز التفرّق[6] قبل القبض إذا كانا طعامين أو نقدين[7].

وأظهرهما ـ وقد نص عليه في باب بيع الطعام ـ: أنها بيعٌ، لأنها تبديلُ مالٍ بمالٍ. فإن كل واحد من المحيل والمحتال يملك بها ما لم يملكه، وهذا هو حقيقة المعاوضة، وليس فيها استيفاء حق ولا إقراضٌ محقَّق فلا يقدَّرَان.

وعلى هذا فهو بيعُ ماذا بماذا؟ في كتاب القاضي ابن كج أن القاضي أبا حامد خرجه على وجهين:

أحدهما: أنها بيعُ عينٍ بعينٍ، وإلّا بطلت؛ للنهي عن بيع الدين بالدين[8]، وكأن

---

(١) في (ط الفكر): (لِ).

(٢) في (ط الفكر): (الكتاب).

(٣) في (ط الفكر): (أو).

(٤) سقط من (ظ).

(٥) في (ظ): (حق كالمحتال ما كان).

(٦) في (ط الفكر) و(ظ): (التفريق).

(٧) أي: ربويين.

(٨) قلت: سبق في أحكام القبض تخريج حديث: «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»، وضعفوه، كما في «نصب الراية» (٤/ ٤٠)، والتلخيص الحبير» (٣/ ٢٦ - ٢٧)، ورواه الحافظ عن الشافعي بلفظ: «نهى عن =

هذا القائل نزَّل استحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه كالمنافع في إجارات الأعيان.

والثاني ـ وهو المعقول[1] ـ: أنها بيع الدين بالدين، فإن حق الدين[2] لا يستوفى من غير[3] الشخص، ولغيره أن يؤديه عنه.

واستُثنِي هذا العقد عن النهي[4] لحاجة الناس إليه[5] مسامحةً وإرفاقاً، ولهذا المعنى لم يعتبر فيه التقابض كما في القرض، ولم يجز فيه الزيادة والنقصان؛ لأنه ليس بعقدِ مماكسةٍ كالقرض، وقال الإمام وشيخه: لا خلاف في اشتمال الحوالة على المعنيين: الاستيفاء والاعتياض، والخلاف في أيهما أغلب[6]؟

إذا عرفت ذلك فشرح الشرط الأول أن تقول: لا تصح الحوالة إلّا برِضا المستحِق للدين وهو المحتال، والمستحق عليه وهو المحيل، أما رِضَا المحتال؛ فلأنّ حقَّه في ذمة المحيل فلا ينقل[7] إلاّ برضاه، كما أن الأعيان المستحقة للشخص لا تبدل إلاّ برضاه. وأما رِضا المُحِيل، فلأنَّ له إيفاء الحق من حيث شاء، فلا نُعَيِّنُ[8] عليه بعض الجهات قهراً.

= الدين بالدين».

أقول: أخرجه الدارقطني في البيع برقم (٢٦٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٩٠). وفيه كلام للحفاظ، والعمل عليه عند الفقهاء. (م ع).

(١) في (ظ) و(ط الفكر): (المنقول)، وهو خطأ.

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (يستوفى عين الشخص).

(٤) أي: عن النهي عن بيع الدين بالدين.

(٥) سقط من (ط الفكر).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥١٢).

(٧) في (ط الفكر): (فلا ينفك).

(٨) في (ز): (فلا يتعين)، وفي (ظ): (فلا يُعين).

وهل يشترط رِضا المحال عليه؟ ينظر: إن كانت الحوالة على من عليه دينٌ للمحيل، فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة[(١)] ـ: أنه يشترط رضاه؛ لأنه أحد أركان الحوالة، فأشبه المحيل والمحتال، ولأن الناس يختلفون في الإيفاء[(٢)] والاستيفاء، وبهذا قال الإصطخري والزبيري، وعن ابن القاص أنه منصوص عليه في «الأم»[(٣)].

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب، وبه قال مالك[(٤)] وأحمد[(٥)] ـ: أنه لا حاجة إلى رِضا المحال عليه، لأنه محل الحق والتصرف، فصار كما إذا باع عبداً لا يشترط رضاه، لأن[(٦)] الحق للمحيل[(٧)] فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره، كما لو وكل في الاستيفاء وكيلًا.

وبنوا الوجهين على: أن الحوالة اعتياض أو استيفاء، فإن قلنا بالأول فلا يشترط، لأنه حق المحيل[(٨)] فلا يحتاج فيه إلى رِضا الغير، وإن قلنا بالثاني فيشترط لتعذر[(٩)] إقراضه من غير رضاه.

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٤٦).
(٢) في (ز): (الاقتضاء).
(٣) في (ز): (الإملاء).
«الأم» للشافعي (٧/ ١٢٥).
(٤) والمشهور عن مالك عدم اشتراط رضا المحال عليه، لكن يشترط في ذلك السلامة من العداوة. انظر: «مواهب الجليل» (٥/ ٩١).
(٥) «كشاف القناع» (٣/ ٣٨٦).
(٦) في (ز) و(ظ): (ولأن).
(٧) في (ط الفكر): (للمحيل عليه).
(٨) في (ز) و(ظ): (للمحيل).
(٩) في (ط الفكر) و(ظ): (تعذر).

وإن كانت الحوالة على من لا دين عليه، لم تصح دون رضاه، لأنا لو صححناها لألزمناهُ قضاء دَينِ الغير قهراً، وإن رضي ففي صحة الحوالة وجهان، بناهما الجمهور على الأصل المذكور.

إن قلنا: إنها اعتياض، لم تصح، لأنه ليس على المحال عليه شيءٌ حتى نجعله عوضاً عن حق المحتال[1].

وإن قلنا: استيفاء، فتصح، كأنه أخذ المحتال حقه وأقرضه من المحال عليه، وبهذا قال ابن الحداد.

وقال الإمام: الصحيح عندي تخريجه على الخلاف في أنه هل يصح الضمان بشرط براءة الأصيل[2]؟ بل هذه الصورة عين تلك الصورة، فإن الحوالة تقتضي براءة المحيل، فإذا قَبِلَ الحوالةَ فقد التزم على أن يبرئ المحيل.

وهذا ذهاب منه إلى براءة المحيل، وجعلها أصلاً مفروعاً عنه، لكن فيه وجهان نقلهما القاضي ابن كج:

أحدهما: أنه يبرأ[3] على قياس الحوالات، وهذا ما أورده الصيدلاني وأخذ به الإمام[4].

والثاني ـ وهو الذي أورده الأكثرون ـ: أنه لا يبرأ. وقبول[5] الحوالةِ ممن لا دين عليه ضمانٌ مجردٌ.

---

(١) في (ط الفكر): (المحيل)، وهو خطأ.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥١٥).

(٣) أي: يبرأ المحيل بنفس الحوالة.

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥١٦).

(٥) في (ظ): (وقبل).

ثم فرَّعوا فقالوا: إن قلنا: لا تصح هذه الحوالة، فلا شيء على المحال عليه، فإن تطوع وأداه كان كما لو قضى دين الغير، وإن قلنا: يصح، فهو كما لو ضمن فيرجع على المحيل إن أدَّى بإذنه، وكذلك إن أدى بغير إذنه على أظهر الوجهين؛ لجريان الحوالة بإذنه.

وقبل الأداء هل يرجع على المحيل؟ فيه وجهان، بناءً على أن المحيل هل يبرأ؟

إن قلنا: يبرأ، فنعم، لانتقال الملك[1] إلى ذمته بمجرد الحوالة.

وإن قلنا: لا يبرأ، فلا ضمان، كما أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه قبل الأداء، وإن طالبه المحتال بالأداء فله مطالبة المحيل بتخليصه، وهل له ذلك قبل مطالبة المحتال؟ فيه وجهان كالوجهين في مطالبة الضامن.

ولو أبرأ[2] المحتال لم يرجع على المحيل بشيء، ولو قبضه المحتال ثم وهبه منه ففي الرجوع وجهان[3]، ينظر في أحدهما إلى أن الغرم لم يستقر عليه، وفي الثاني إلى أنه عاد إليه بتصرفٍ مبتدَأ، وهما مأخوذان من القولين فيما إذا وهبت منه الصداق بعد القبض ثم طلقها[4] قبل الدخول.

ولو ضمن عنه ضامن لم يرجع على المحيل حتى يأخذ المحتال المال منه أو من ضامنه، ولو أحال المحتال على غيره، نظِر: إن أحاله على من عليه دينٌ رجع على محيله بنفس الحوالة لحصول الأداء بها، وإن أحال على من لا دين عليه لم يرجع ما لم يرجع[5] عليه الذي أحال عليه.

---

(١) في (ظ): (الحق).

(٢) في (ز): (أبرأه).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٢٢٩): «قلت: أصحهما: الرجوع. والله أعلم».

(٤) من قوله: (وهما مأخوذان) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٥) قوله: (ما لم يرجع) سقط من (ظ).

وأما لفظ صاحب الكتاب، فقوله: (والمستحق عليه)، أَعْلَمَهُ بعضُهم بالواو لأنا إذا جوزنا الحوالة على من لا دين عليه، فلو قال من لا دين عليه للمستحق: «أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي»، فقبل[١] صحَّت الحوالة؛ فإذن لا يشترط هاهنا رضا المحيل، وإنما يشترط[٢] رضا المحتال والمحال عليه.

وقوله: (إيجاباً وقُبولاً[٣])، أشار به إلى أن المعتبر وإن كان هو الرضا، إلاّ أن طريق الوقوف على تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول على ما مر في البيع[٤].

ولو قال المحتال: «أحلني على فلان»، فقال: «أحلتُ»، ففيه الخلاف المذكور في نظيره من الاستيجاب[٥] والإيجاب في البيع.

وفي «جرجانيات» أبي العباس الروياني طريقة أخرى قاطعة بالانعقاد، لأن الحوالة أجيزت[٦] رفقاً بالناس فيتسامح فيها بما لا يتسامح في غيرها.

وقوله[٧]: (ورضا المحال عليه لا يشترط)، معلم بالحاء والواو. وقوله: (فإن لم يشترط فحقيقته[٨] تجويز الضمان بشرط براءة الأصيل)، أي: حقيقة عدم الاشتراط، فلو صرفنا الكتابة إلى هذا العقد، لكان الوجه أن يقال: فحقيقته

---

(١) في (ط الفكر): (فقبلت).

(٢) في (ز) و(ظ): (الشرط).

(٣) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٤) قوله: (في البيع) سقط من (ظ).

(٥) في (ط الفكر): (في بيان الاستحباب)، في (ظ): (من الاستحباب).

(٦) سقط من (ز).

(٧) سقط من (ط الفكر).

(٨) في (ط الفكر): (تحقيقه).

الضمان بشرط براءة الأصيل؛ لأن حقيقة العقد لا تكون تجويز الضمان، بل لو كانت لكانت نفس الضمان. والله أعلم.

قال:

(الثاني: أن يكونَ الدَّينُ لازماً أو مصيرُه إلى اللُّزوم. فتصبحُ (و) الحوالةُ على الثَّمنِ في مدّةِ الخيار، فإن فسخَ البيعَ انقطعتِ الحوالة. وفي نجومِ الكتابةِ خلاف. قيل: يحالُ بها، ولا يحالُ عليها).

الدين ينقسم إلى ما ليس بلازم، وإلى ما هو لازم.

أما غير اللازم، ففيه مسألتان مذكورتان في الكتاب:

إحداهما: الثمن في مدة الخيار، هل تجوز الحوالة به بأن يحيل المشتري البائع على رجل وعليه بأن يحيل البائع رجلاً على المشتري؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ ويحكى عن القاضي أبي حامد ـ: أنه لا يجوز؛ لأنه ليس بلازم.

وأصحهما: الجواز، لأنه صائر إلى اللزوم، والخيار عارض فيه، فيعطى حكم اللازم.

وفي «التتمة»: أن هذا الخلاف مبني على أن الحوالة معاوضة أم استيفاء؟ إن قلنا: معاوضة، فهي كالتصرف في المبيع في زمان الخيار[1]، وإن قلنا: استيفاء، فتجوز.

وإن قلنا بالمنع، فهل ينقطع به الخيار؟ فيه وجهان، نقلهما الشيخ أبو علي في «شرح الفروع»[2]:

---

(١) أي: ليس له.

(٢) في (ز): (في الشرح للفروع).

أحدهما: لا، لحكمنا ببطلانه وبتنزيلنا إياه منزلة العدم.

وثانيهما: نعم، لأن التصرف في عوض العقد يتضمن الرضا وإبطال الخيار، وإن قلنا بالجواز، فالذي أورده[1] الإمام وصاحب الكتاب: أنه لا يبطل الخيار[2]. ولو اتفق فسخ البيع انقطعت[3] الحوالة، لأنها إنما صحت على تقدير إفضاء البيع إلى اللزوم. فإذا لم يُفْضِ إليه ارتدَّتْ[4] الحوالة، ومنقول الشيخ ومختاره بطلان الخيار، لأن قضية الحوالة اللزوم، فلو بقي الخيارُ لما صادفت[5] الحوالة مقتضاها، وكانت هذه الحوالة كالحوالة على النجوم.

واعلم أنا إذا قضينا ببطلان الخيار، ففيما[6] إذا أحال البائع المشتري[7] على ثالثٍ بَطَلَ خيارهما جميعاً؛ لتراضيهما، وفيما إذا أحال البائع رجلاً على المشتري، لا يبطل خيار المشتري إلّا إذا فرض منه قبول[8] ورضا.

الثانية: إذا أحال السيد غريماً له على مكاتبه[9] بالنجوم، ففيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال الحليمي ـ: أن الحوالة جائزة، لأن النجوم دَيْنٌ ثابت على المكاتب فأشبه سائر الديون.

---

(١) أي: قطع.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٢٠)، «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٢٢٣).

(٣) أي: بطلت.

(٤) أي: لم تصح.

(٥) أي: فأتت.

(٦) في (ز): (وفيما).

(٧) قدَّمه على: (البائع) في (ز).

(٨) في (ظ): (قول).

(٩) في (ظ): (مكاتب).

وأصحهما: المنع، لأن النجوم غير لازمة على المكاتَب، وله إسقاطها متى شاء، فلا يمكن إلزامه الدفع إلى المحتال. ولو أحال المكاتب السيدَ على إنسانٍ، فجواب الأكثرين صحة الحوالة، لأن ما أحاله عليه مستقر، والكتابة لازمة من جهة السيد، فمتى أدى المحال عليه وجب على السيد القبول. وقيل بالمنع من هذا الطرف أيضاً.

وإذا جمعت بين الصورتين حصلت ثلاثة أوجه على ما ذكر في الكتاب:

أحدها: جواز إحالة المكاتب بالنجوم، وإحالة السيد على النجوم، وهذا منسوب في «النهاية» إلى ابن سريج[(١)].

وثانيها: منعهما جميعاً، وبه قال القاضي ولم يذكر في «التهذيب» غيره[(٢)].

وأظهرها: جواز إحالة المكاتب بها، ومنع إحالة السيد عليها.

ولو كان للسيد على مكاتبه دين معاملةٍ، فأحال[(٣)] عليه، قال في «التتمة»: يُبنى على أنه لو عجّز نفسه هل يسقط ذلك الدين؟ إن قلنا: نعم، لم يصح، وإلّا صحت[(٤)].

ومما يدخل في هذا القسم الجعل في الجعالة[(٥)]. والقياس أن يجيء في الحوالة به. وعليه الخلاف المذكور في الرهن به، وفي ضمانه، والذي أجاب به أبو سعيد المتولي تجويز الحوالة به وعليه بعد العمل، ومنعها قبله. قال: ولو أحال من عليه الزكاة الساعي على إنسان، جاز إن قلنا: الحوالة استيفاء، وإن قلنا: اعتياض، لم يجز، لامتناع أخذ العوض عن الزكاة.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥١٤).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٨٧).

(٣) في (ط الفكر): (فأحاله).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٢٣٠): «قلت: الأصح: الصحة. وبه قطع صاحب «الشامل». والله أعلم».

(٥) الجُعْلُ: الأجر، والجعالة شرعاً هو: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول. انظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٣٩).

القسم الثاني: الدين اللازم: فتجوز الحوالة به وعليه[١].

ولا فرق بين أن يتفق الدينان في سبب الوجوب أو يختلفا[٢]، كما إذا كان أحدهما ثمناً والآخر أجرة أو قرضاً أو بدل متلف[٣].

وكل دين جوزنا الحوالة به وعليه من القسمين، فذلك إذا كان مثلياً كالأثمان والحبوب. وإن كان متقوماً كالثياب والعبيد، فوجهان:

أصحهما ـ وبه قال ابن سريج ـ: أنه كالمثلي لثبوته في الذمة ولزومه.

والثاني: المنع، لأن المقصود من الحوالة إيصال الحق إلى المستحق[٤] من غير تفاوت، وهذا الغرض لا يتحقق فيما لا مثل له، ولا بد من العلم بقدر ما يحال به[٥] وعليه وصفتهما[٦]، نعم لو أحال بإبل[٧] الدية أو[٨] عليها، وفرَّعنا على جواز الحوالة في المتقومات، فوجهان، أو قولان بناءً على جواز المصالحة والاعتياض عنها، والأصح: المنع للجهل بصفاتها. والله أعلم.

---

(١) من قوله: (الخلاف المذكور) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ط الفكر): (يختلفان).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٢٣١): «قلت: أطلق الإمام الرافعي أن الدين اللازم تصح الحوالة به وعليه. واقتدى في ذلك بالغزالي. وليس كذلك، فإن دين السلم لازم، ولا تصح الحوالة به ولا عليه على الصحيح، وبه قطع الأكثرون. وحكي وجه في «الحاوي» و«التتمة» وغيرهما أنه يجوز بناءً على أنها استيفاء، وسبقت هذه المسألة في باب حكم المبيع قبل القبض.
فكان ينبغي أن يقول: الدين المستقر ليخرج هذا. والله أعلم».

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (إيصال المستحق إلى الحق).

(٥) في (ط الفكر): (بقدر المحال به).

(٦) في (ز) و(ظ): (وبصفتهما).

(٧) في (ط الفكر): (بأقل).

(٨) في (ز): (و).

قال:

(الثالث: أن يكونَ ما على الـمُحالِ عليه مُجانِساً لما على المحيلِ قَدراً ووَصفاً، فلو كانَ بينَهما تفاوتٌ يَفتقرُ في أدائِه عنه إلى المعاوضةِ لم يَـجُز، وإن لم يَفتقِر بل أُجبِرَ على قَبولِه؛ كأداءِ الجيِّدِ عن الرديءِ جازَ (و)، وإن افتقرَ إلى الرِّضا دونَ المعاوَضة؛ ففيه خلاف (و).)

كان الفصل السابق مسوقاً[1] لبيان الصفات المشروطة في كل واحد من الدَّيْنَيْنِ. فالغرض الآن بيان الشروط المرتبطة[2] بالدَّيْنَيْنِ معاً[3]. وفيه صور:

إحداها: يجب أن يكون الدينان من جنس واحد، فلو أحال بالدراهم على الدنانير أو[4] بالعكس لم يصح، وأما إذا جعلنا الحوالة استيفاءً، فلأن مستحق الدراهم إذا استوفاها وأقرضها فمحال أن ينتقل حقه[5] إلى الدنانير، وأما إذا جعلناها معاوضة فلأنها وإن كانت معاوضة فليس هي على[6] حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل مِنْ جنسِ مالٍ أو زيادةِ قَدْرٍ أو صفة، وإنما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة، فاشترط فيها التجانسُ والتساوي في القدر والصفة كما في القرض[7].

قال صاحب «التتمة»: ونعني بقولنا: إن هذه الحوالة غير صحيحة، أن الحق لا

(١) في (ز) و(ظ): (مسبوقاً).
(٢) سقط من (ط الفكر).
(٣) سقط من (ط الفكر).
(٤) في (ظ): (و).
(٥) سقط من (ز).
(٦) في (ز) و(ظ): (معاوضة فليست هي على).
(٧) في (ظ): (في القدر نفعهما)، قلت: ولا يصح الكلام معه.

يتحول بها من الدنانير إلى الدراهم وبالعكس، ولكنها إذا جرت فهي حوالة على من لا دين له[١]، وحكمه[٢] فيها ما مر.

والثانية: يجب أن يتساويا في القدر، فلا يحال بخمسةٍ على عشرة، ولا بعشرةٍ على خمسة، لما ذكرنا أن هذا العقد لم يوضع لتحصيل زيادةٍ أو حطِّ شيءٍ، وإنما وضع ليصل كل واحد من المستحِقَّيْنَ إلى حقه[٣].

وفي الإحالة بالقليل على الكثير وجهٌ: أنها جائزة، وكأن المحيل تبرع بالزيادة.

والثالثة: في اشتراط تساويهما في الحلول والتأجيل وجهان:

أصحهما: الاشتراط، إلحاقاً للوصف بالقدر.

والثاني: يجوز أن يحيل بالمؤجل على الحال؛ لأن للمحيل أن يعجل ما عليه، فإذا أحال به على الحال فقد عجل، ولا يجوز أن يحيل بالحالِّ على المؤجل، لأن حق المحتال حالٌّ، وتأجيل الحالِّ لا يلزم.

ولو كانا مؤجلين بأجلين مختلفين، لم تجز الحوالة بينهما على الوجه الأول، وعلى الثاني يجوز أن يحال بالأَبْعَدِ على الأقرب دون العكس، ولو كان أحدهما صحيحاً والآخر مكسراً، فلا حوالة بينهما على الوجه الأول، وعلى الثاني[٤] يحال بالمكسر على الصحيح. ويكون المحيلُ متبرعاً بصفة[٥] الصحة ولا يحال بالصحيح على المكسر إلاّ إذا كان[٦] المحتال تاركاً صفة الصحة رشوة ليحيله المحيل. ويخرّج على هذا حوالة الأردأ على الأجود، وبالعكس في كل جنس.

---

(١) في (ز): «لا دين عليه». (م ع).

(٢) في (ط الفكر): (والحكم).

(٣) في (ز) و(ظ): (كل مستحق إلى حقه).

(٤) من قوله: (يجوز أن) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ط الفكر): (بقيد).

(٦) في (ط الفكر) و(ظ): (المكسر وإلاّ كان).

وقوله في الكتاب: (فلو كان بينهما تفاوت) إلى آخره، تفصيل ما أجمله بقوله: (أن يكون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً)، ومثال ما يفتقر في أدائه عنه إلى المعاوضة؛ أن يختلف الجنس فيكون على أحدهما دراهم، وعلى الآخر دنانير، فإن الاستبدال بأحد الجنسين عن الآخر اعتياضٌ محضٌ.

وقوله: (وإن لم يفتقر بل أجبر على قبوله كأداء الجيد عن الرديء)، فهو مثل أداء الصحيح عن المكسر، وتعجيل المؤجل حيث يجبر المستحِقُّ على القبول. وهذا الكلام يتفرع على الصحيح في أن المديون إذا أتى بأجود مما عليه من ذلك النوع يجبر المستحق على قبوله، وفيه خلاف قد سبق في باب السلم.

وقوله: (وإن افتقر إلى الرضا دون المعاوضة)، فهو كأداء الرديء عن الجيد، فإنه يجوز قبوله، ولا يكون ذلك معاوضة، هذا بيان ما ذكره. وفيه روايةُ خلافٍ للأصحاب في جواز الحوالة بالجيد على الرديء، والإشارة إلى الجزم بجَواز[1] حوالة الرديء على الجيد، وهو يخالف نقل الجمهور في الطرق، وربما تجد في كتاب الإمام ما يوافقه. والله أعلم.

قال:

(أما حكمُها: فبراءةُ المُحيلِ (و) عن دَينِ المُحال، وتحوُّلُ الحقِّ إلى المُحالِ عليه، وبراءةُ ذمّةِ[2] المُحالِ عليه من دَينِ المُحيل، فلو أفلسَ المُحالُ (ح) عليه أو جحد؛ لم يكُن (ح) للمُحتالِ الرُّجوعُ على المُحيلِ[3]

(١) سقط من (ز)، وفي (ط الفكر): (يجوّز).
(٢) سقط من (ز).
(٣) قوله: (على المحيل) سقط من (ز).

إذا حصلتِ البراءةُ المطلقة، ولو كانَ الإفلاسُ مَقروناً بالحوالةِ وهو جاهل؛ فالأظهَرُ ثبوتُ الخيار).

إذا جرت الحوالة بشرطها برئ المحيل عن دين المحتال، وتحول حق المحتال إلى ذمة المُحَال عليه، وبرئ المحال عليه عن دين المحيل، حتى لو أفلس المحال عليه ومات أو لم يمت أو جحد وحلف لم يكن للمحتال الرجوعُ على المحيل، كما لو أخذ عوضاً عن الدين وتلف في يده، وبهذا قال مالك[1] وأحمد[2].

وذهب أبو حنيفة[3] إلى أنه يرجع فيما إذا مات مفلساً وفيما إذا جحد وحلف.

واحتج الشافعي رضي الله عنه بوجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ في الحديث المروي في أول الباب تعرض للمَلاءة، فقال: «إذا أحيل أحدكم على مَلِيءٍ فليَحْتَلْ»، ولو تمكن[4] المحتال من الرجوع، لَـما كان للتعرض للملاءة كبير فائدة.

والثاني: أن الحوالة إما أن يتحول بها الحق عن المحيل أو لا يتحول؛ إن تحول فقد برئت ذمته، فوجب ألا يعود إليه كما لو أبرأه، وإن لم يتحول فلتدم المطالبة كما في الضمان.

فلو شُرِط في الحوالة الرجوعُ بتقدير الإفلاس والجحود، ففي صحة الحوالة وجهان.

---

(١) قال خليل: «ويتحول حق المحال على المحال عليه وإن أفلس أو جحد إلّا أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط»، انظر: «مواهب الجليل» (٥/ ٩٤ - ٩٥).

(٢) «كشاف القناع» (٣/ ٣٨٦).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٤٧ - ١٤٨).

(٤) في (ط الفكر): (ولا يمكن).

وإن صحت، ففي صحة الشرط وجهان، حكاهما القاضي ابن كج. هذا إذا طرأ الإفلاس.

أما إذا كان مقروناً[1] بالحوالة وجهله المحتال، نُظِرَ: إن لم تجز بشرط المَلاءة فالمشهور أنه لا رجوع للمحتال، ولا خيار له، وما يَلحقه من الضرَرِ فهو نتيجة ترْك التفحص[2]، فصار كما لو اشترى شيئاً وكان مغبوناً فيه.

ونقل الإمام وجهاً: أنه يثبت له الخيار تداركاً لِمَا لحقه من الخُسْران، كما لو اشترى شيئاً فبان مَعِيباً، وبهذا قال مالك[3].

وإن شُرط مَلاءةُ المحال عليه فبان مفلساً؛ فإن قلنا بثبوت الخيار عند الإطلاق، فهاهنا أولى، وإن منعنا ثَمَّ فما الحكم؟

نقل المزني أنه لا يرجع، فأنكره[4] ابن سريج من قول الشافعي، وقال: يرجع كما لو اشترى عبداً بشرط أنه كاتب فبان خلافه؛ يثبت له الخيار.

وعامة الأصحاب صحَّحوا نقل المزني، واختاروا عدم الرجوع؛ لأنه لو ثبت الرجوع بالحلف في شرط اليسار، لثَبت الرجوع[5] عند الإطلاق، لأن الإعسار نَقْصٌ في الذمة كالعيب في المبيع يثبت الخيار، سواء شرطت السلامة عنه أو لم تشترط، ويخالف شرط الكتابة، فإن فوَاتَها ليس بنقيصة وإنما هو[6] عدمُ فضيلة.

---

(١) أي: لو كان مفلساً حال الحوالة.

(٢) في (ط الفكر): (التفحيص).

(٣) «مواهب الجليل» (٥/ ٩٥)، «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥١٧).

(٤) في (ز) و(ظ): (وأنكره).

(٥) سقط من (ز).

(٦) في (ز): (هي).

وإذا جُمِعَ بين صورتي الإطلاق والاشتراط حَصَل في ثبوت الخيار ثلاثة أوجه، ثالثها: الفرق بين الصورتين. وقد جمع الإمام الوجوهَ هكذا، وقرّب التردُّد في المسألة من التردُّد في أن الحوالة هل يلحقها خيار المجلس وخيار الشرط؟ قال: وكل ذلك مبني على أن الحوالة[١] استيفاء أو اعتياض[٢]؟. فقول صاحب الكتاب: (فالأظهر ثبوت الخيار)، أراد من هذه الوجوه على ما هو مبيَّنٌ في «الوسيط»، وترجيح الوجه الصائر إلى ثبوت الخيار[٣] يخالف اختيار عَامَّة الأصحاب، سيما[٤] في حالة الإطلاق، فاعرف ذلك.

فرعان:

أحدهما: صالح مع أجنبي عن دين على عين، ثم جحد الأجنبي وحلف؛ هل يعود إلى من كان عليه الدين؟ قال القاضي الحسين: نعم، ويفسخ الصلح، وعن حكاية للشيخ أبي عاصم أنه لا يعود[٥].

الثاني: خرج المحال عليه عبداً، فإن كان لأجنبي وللمحيل دين في ذمته صحت الحوالة، كما لو أحال على مُعْسِر وتبعه المحتال بعد العتق، وهل له الرجوع على المحيل؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا بان معسراً، وأولى بأن يرجع.

وإن كان عبداً للمحيل فإن كان له دين في ذمته بأن ثبت قبل أن يملكه[٦]،

---

(١) من قوله: (هل يلحقها) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥١٨).

(٣) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٢٢٤).

(٤) في (ز): (لاسيما).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢٣٢): «قلت: الأصح قول القاضي. والله أعلم».

(٦) في (ز) و(ظ): (ملكه).

وفرَّعنا على أنه لا يسقط إذا ملكه؛ فهو كما لو كان لأجنبي، وإن لم يكن في ذمته[١] فالحوالة عليه حوالةٌ على مَنْ لا دينَ عليه، فإن صححناها وقلنا: إنها ضمانٌ؛ فهذا ضمان العبد عن سَيِّده بإذنه، وسيأتي حكمه في الضمان، ولا يخفى فيما[٢] ذكرنا حكم ما لو كان لأجنبي ولم يكن للمُحِيل عليه دين. والله أعلم.

* * *

(١) في (ز): (ذمته دين).

(٢) في (ز) و(ظ): (مما).

قال:

(ولو أحالَ المشتري[1] بالثَّمنِ على إنسانٍ فرَدَّ عليه الـمَبيع، ففي انفساخِ الحوالةِ قولان (و)، أظهرُهما: بأنها تنقَطع. فإن كانَ ذلكَ قبلَ قبضِ المبيع[2]؛ فأَولى بأن تنقَطع، وإن كانَ بعدَ قبضِ الـمُحتال مَالَ الحوالة؛ فأولى بأن لا تَنقَطع، فلو أحالَ[3] البائعُ على المشتري؛ فأولى بأن لا يَنقَطع، وهو الظاهر؛ لأنه تَعلَّقَ الحقُّ بثالث. ومَنشأُ الخلاف: تردُّدُ الحوالةِ بينَ مُشَابهِ الاستيفاءِ والاعتياض. فإن قُلنا: لا يَنفسخ، فللمُشتري (و) مطالبةُ البائعِ بتحصيلِه ليغرمَ له بدلَه، أو بتسليمِ بدلِه إليه في الحالِ إذا لم يكُن قَد قبضَ البائعُ بعدُ مالَ الحوالة. وإن قُلنا: يَنفسخ ولم يكن قد قبض، فليسَ له القَبض، فإن فَعل؛ فالأصحّ (و): أنه لا يقعُ عن المشتري. لأن الحوالةَ انفسخَت، والإذنُ الذي كانَ ضمناً له[4] لا يُقوَّمُ بنفسِه).

المسائل المذكورة من هذا الموضع إلى آخر البابِ، من تخريجات المزني على أصول الشافعي رضي الله عنهما وتحريه.

وصورة مسألة الفصل ما إذا اشترى عبداً بمئة مثلاً وأحال المشتري البائع بالثمن على رجل ثم اطلع على عيب قديم بالعبد فرده، قال المزني في «المختصر»: تبطل الحوالة.

---

(١) في (ز): (المشتري البائع).

(٢) في (ز): (قبل القبض في المبيع).

(٣) في (ز): (تنقطع ولو أحال).

(٤) في (ز): (لها).

ونُقل عنه في «الجامع الكبير»: أنه لا تبطل.

وللأصحاب ثلاثة طرق:

أحدها[١]: أن في بطلان الحوالة قولين: أظهرهما عند القاضي ابن كج وصاحب الكتاب وغيرهما: أنه تبطل وتنقطع. وهما مبنيان على أن الحوالة استيفاء أو اعتياض[٢]؟.

إن قلنا: إنها استيفاء، انقطعت[٣]؛ لأن الحوالة على هذا التقدير نوع إرفاقٍ ومسامحة، فإذا بطل الأصل بطل هبة الإرفاق التابعة له[٤]، كما لو اشترى شيئاً بدراهم مكسرة وتطوع بأداء الصحاح ثم رده بالعيب، فإنه يسترد الصحاح ولا يقال: يطالب بمثل المُكسرة[٥] ليبقى التبرع بصفة الصحة.

فإن قلنا: إنها اعتياض، لم تبطل[٦]، كما لو استبدل من[٧] الثمن ثوباً ثم رد المبيع بالعيب، فإنه لا يبطل الاستبدال بل يرجع بمثل الثمن، على أن القاضيين أبا الطيب والروياني منعا هذه المسألة وجعلاها كمسألة الحوالة. وقد تقدمت المسألة في فصول الرد بالعيب.

والطريق الثاني ـ وبه قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وأبو الطيب بن سلمة ـ: القطع بالبطلان[٨] وتكلم هؤلاء فيما نقل عن «الجامع الكبير»، فعن القاضي أبي حامد

(١) في (ز): (أظهرها).

(٢) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٥٢٧).

(٣) أي: بطلت. وفي (ز): (انقطعت وإلاّ فلا).

(٤) سقط من (ز) و(ظ).

(٥) في (ط الفكر): (الكسر).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٢٣٣): «قلت: المذهب: البطلان. وصححه في «المحرر». والله أعلم».

(٧) في (ز) و(ظ): (عن).

(٨) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٤٥).

أنه قال: نظرت في نسخ منه فلم أجد خلاف ما في «المختصر»، ورُبَّما قالوا: رجع عنه إلى ما ذكر في «المختصر».

والطريق[١] **الثالث** ـ وبه قال صاحب[٢] «الإفصاح» ـ: القطع بعدم البطلان.

وربما أوَّلَ أصحاب الطريقين الأخيرين، وجمعوا بين نصي المزني بوجوه:

أحدها: حمل ما في «المختصر» على ما إذا كان العيب بحيث لا يمكن حدوثه في يد المشتري، أو كان[٣] يمكن حدوثه إلاّ أن البائع أقر بقدمه، وحمل ما في «الجامع» على ما إذا ثبت[٤] قدمه بالبينة ورده. والفرق أن في الحالة الأولى اعترف البائع بسقوط الثمن عند الفسخ، وأما في الحالة الثانية فإنه يزعم بقاء حقه واستمرار الحوالة فلا يمنع من مطالبة المحال عليه بدعوى المشتري.

والثاني: حمل الأول على ما إذا ذكر للمحال عليه أنه يحيله عن جهة الثمن، وحمل الثاني على ما إذا لم[٥] يذكر ذلك، فإنه إذا لم يذكر لا ينبغي[٦] أن يعود إليه لبراءة ذمته عن حقه ظاهراً.

والثالث: أن نصَّ البطلان مفرَّعٌ على أنَّ الحوالة تفتقر إلى رضا المحال عليه، فإنَّ الحوالةَ له حينئذ تتم بالثلاثة، فلا تنقطع بموافقة اثنين.

---

(١) من قوله: (وربما قالوا) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) هو أبو علي الطبري.

(٣) في (ز): (كان بحيث).

(٤) في (ز): (أثبت).

(٥) من قوله: (ذكر للمحال) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ز): (ينبغي).

والرابع: حمل نصِّ البطلان على ما إذا كانت الحوالة على مَنْ لا دين عليه ورضي المحال عليه، فإنه إذا سقط الثمن انقطع تطوعه وسقطت المطالبة عنه.

ثم هاهنا نظران:

أحدهما: هل تفترق الحال[1] بين ما إذا كان الرد بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله؟ حكى صاحب «النهاية» عن بعض الأصحاب: أن محل الخلاف ما إذا كان الرد بعد قبض المبيع، فإن كان قبله انقطعت الحوالة بلا خلافٍ[2]؛ لكون البيع[3] معرض للانفساخ[4] وعدم تأكده، ولهذا جعلنا الفسخ قبل القبض رداً للعقد من أصله على رأي، ثم زيَّف[5] ذلك وقضى بطرد القولين في الحالين، وهذا قضية إطلاق عامة الأصحاب.

واعلم أن قضية الطريقين معاً تجويز الإحالة بالثمن قبل قبض المبيع، لكنه قبل القبض[6] غير مستقر، وقد اشتهر في كتب السلف من[7] أئمتنا: أن مِنْ شرط الحوالة استقرارُ ما يحال به ويحال عليه. وللمسعودي إشارةٌ إلى منع الحوالة بالثمن قبل قبض المبيع؛ لأنه غير مستقر[8]، واستشهد عليه بأن[9] المزني تعرض في صورة المسألة لقبض المبيع واشتراطه[10]، وإنما فعل ذلك لهذا المعنى. والله أعلم.

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٢١).

(٣) في (ط الفكر): (المبيع).

(٤) في (ز) و(ظ): (بعوض الانفساخ).

(٥) أي: أبطل.

(٦) في (ز) و(ظ): (قبض المبيع).

(٧) قوله: (السلف من) سقط من (ظ).

(٨) قوله: (لأنه غير مستقر) سقط من (ز) و(ظ).

(٩) في (ط الفكر) و(ظ): (أن).

(١٠) في (ط الفكر): (المسألة للمبيع واشتراطه).

النظر الثاني: هل تفترق الحال بين أن يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة أو قبله؟ وفيه طريقان:

أحدهما: أن الحوالة لا تنقطع إذا اتفق الرد بعد القبض جزماً، والخلاف مخصوص بما إذا كان ذلك قبل القبض، والفرق[١]: تأكد الأمر بالقبض فتبرأ ذمة[٢] المحال عليه. وهذا مَا أورده أصحابنا العراقيون والشيخ أبو علي.

والثاني: طرد القولين في الحالين، وهو اختيار صاحبي «التهذيب» و«التتمة» والأكثرين، وهذا كله فيما إذا أحال المشتري البائعَ على رجل[٣].

ولو أحال البائع رجلاً على المشتري: فمنهم من طرد القولين. وقطع الجمهور بأنه لا تنقطع الحِوالة، وسواء[٤] قبض المحتالُ مالَ الحوالة من المشتري أو لم يقبضه.

والفرق: أن الحوالة هاهنا تعلق بها حقُ غيرِ المتعاقدين، فيبعد ارتفاعها بفسخ من المتعاقدين[٥]، فصار كما لو اشترى عبداً بجارية وقبضه وباعه ثم وجد بائع العبد بالجارية عيباً فردها؛ لا ينفسخ البيع الثاني، لأنه تعلق به حق ثالث.

فإذَنْ القولان مخصوصان بالصورة السابقة، ولنفرِّع عليهما:

إن قلنا: لا تبطل الحوالة فلا يطالب المشتري أن يحال عليه[٦] بحال، ولكن يرجع على البائع فيطالبه إن كان قد قبض مالَ الحوالة، ولا يتعين حقه فيما أخذ، بل له إبدالهُ لبقاء الحوالة صحيحةً، وإن لم يقبضه فله أن يقبضه.

---

(١) في (ظ): (في الفرق).

(٢) في (ز): (بعد القبض وبراءة ذمة).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٦٧).

(٤) سقطت الواو من (ز).

(٥) من قوله: (فيبعد ارتفاعها) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ز) و(ظ): (المشتري المحال عليه).

وهل للمشتري الرجوع عليه قبل قبضه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن الحوالة كالمقبوضة. ألا ترى أن المشتري إذا أحال البائع بالثمن سقط حق الحبس، والزوج إذا أحال المرأة بالصداق؛ سقط حق حبسها؟

وأصحهما ـ عند الصيدلاني وغيره ـ: أنه لا يرجع؛ لأنه لم توجد حقيقة القبض، وإن كان للحوالة حكم القبض والغرامة إنما تكون بحسب[١] القبض.

فإن قلنا: لا يرجع المشتري عليه قبل أن يقبض، فله مطالبته بتحصيل مال الحوالة ليرجع عليه؛ لأن البائع إنما يملك[٢] مطالبة المحال عليه من جهته، فكيف يمنعه من المطالبة مطلقاً؟ وفيه وجه بعيد أنه لا يملك المطالبة بالتحصيل أيضاً.

وإن قلنا: تبطل الحوالة، فإن كان قد قبض المال من المحال عليه، فليس له رده عليه؛ لأنه قبض بإذن المشتري. ولو رده لم تسقط مطالبة المشتري عنه، بل حقه الرد على المشتري ويتعين حقه فيما قبضه، فإن كان تالفاً فعليه بدله، وإن لم يكن قَبَضَه فليس له قبضه[٣]، لأنه عاد إلى ملك المشتري كما كان، ولو خالف وقبض لم يَقَعْ عنه.

وفي وقوعه عن المشتري وجهان عن الشيخ أبي محمد:

أحدهما: يقع، لأنه كان مأذوناً في القبض بجهة، فإن بطلت تلك الجهة بقي أصل الإذن.

وأصحهما: المنع، لأن الحوالة قد بطلت، والوكالة عقدٌ آخر يخالفها، وإذا بطل عقدٌ لم ينعكس عقدٌ آخر. وقرّب الشيخ هذا الخلاف من الخلاف الذي مرَّ[٤] في أن

---

(١) في (ظ): (بحقيقة).

(٢) في (ز): (ملك).

(٣) في (ظ): (يكن قد قبضَه).

(٤) قوله: (الذي مرَّ) سقط من (ز).

من يُحرِمُ بالظُّهر قبل الزوال، هل تنعقد صلاته نفلاً؟

وأما في صورة إحالة البائع على المشتري؛ إذا فرّعنا على الصحيح، وهو أن الحوالة لا تبطل برد المشتري المبيع بالعيب؛ فإن كان المحتال قد قبضَ الحق من المشتري، رجع المشتري على البائع. وإن لم يقبضه؛ يرجع المشتري عليه أو لا يرجعُ إلّاَ بعد القبض؟ فيه الوجهان السابقان.

ثم نتكلم فيما نحتاج إليه من ألفاظ الكتاب:

قوله في صورة المسألة: (ورد عليه المبيع)، يشمل الرد بالعيب والتحالف[1] والإقالة وغيرها، وهو مستمر على إطلاقه، فلا فرق بين الرد بالعيب وغيره.

وقوله: (قولان)، يجوز إعلامه بالواو للطريقَيْن النافِيَيْن للخلاف. وقوله: (فأولى أن ينقطع[2])، وقوله: (فأولى أن لا ينقطع)، أشار بالترتيب المذكور في الصورتين إلى ما شَرَحْنا من الطريقين.

وقوله: (فيما إذا أحال البائع على المشتري فأولى بأن لا ينقطع وهو الظاهر)، مع قوله:[3] (فأولى أن لا ينقطع)، لِما قدَّمْنا في مواضع أنّ أَوْلَوِيَّةَ الترتيب لا تفيد الرجحان على الإطلاق[4] وإنما تفيد كون الحكم الموصوف بالأولوية أرجح منه في الصورة المرتب عليها.

وقوله: (ومنشأ الخلاف تردد الحوالة بين مشابهة الاستيفاء والاعتياض)، يوافق ما ذكره الإمام أن فيها شَبَهاً من كل واحدٍ منهما، والكلام في التغليب[5].

---

(١) في (ط الفكر): (والمخالف).

(٢) قوله: (وقوله: فأولى أن ينقطع) سقط من (ط الفكر).

(٣) في (ز): (إنما قال: وهو الظاهر مع قولنا).

(٤) قوله: (على الإطلاق) سقط من (ط الفكر).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥١٢).

وقوله: (فإن قلنا: لا[١] يصح)، أي في المسألة الأولى، وهي[٢] إحالة المشتري البائع بالثمن.

وقوله: (فللمشتري مطالبة البائع بتحصيله..) إلى آخره، يمكن تفسيره[٣] بوجهين:

أحدهما: أن يقال: المعنى أن له أن يطالبه بأحد أمرين[٤]؛ إما التحصيل ليغرم، وإما الغرم في الحال، وهذا يخرّج[٥] متفقاً عليه من الخلاف الذي رويناه؛ فإن قلنا: له الرجوع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة فَمَنْ له أن يقول: «اغرم لي»، يقول تسهيلاً: «خذه ثم اغرم لي»، وإن قلنا: لا رجوع له قبل أن يقبض مال الحوالة[٦] فله[٧] أن يقول: «خذه[٨] ثم اغرم لي[٩]، وإن رضيت بذمته فشأنك، فاغرم لي».

والثاني ـ وهو الأشبه ـ: أن معناه: أن له مطالبته بتحصيله إن قلنا: لا رجوع عليه قبل أن يقبض، أو يتسلم[١٠] بدلَه إليه في الحال إن قلنا: إنه يرجع إليه قبل القبض.

---

(١) في (ظ): (لا ينفسخ).

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (وهو).

(٣) في (ط الفكر): (نفسه من عزله أو يقول: اغرم لي وله. أو يقول تسهيلًا: خذ ثم اغرم لي وأريد أن لا رجوع قبل أن يقبض مال الحوالة).

(٤) في (ز): (يطالبه بأمرين).

(٥) في (ز) و(ظ): (تخريج).

(٦) من قوله: (فمن له) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٧) في (ظ): (فمن له).

(٨) في (ظ): (اغرم لي وله، أن يقول تسهيلًا: خذه ثم اغرم لي. وإن قلنا: لا رجوع له أن يقبض خذه).

(٩) في (ط الفكر): (خذه لتغرم لي).

(١٠) في (ظ): (بتسليم).

وعلى التقديرين، فيصح إعلام قوله: (فللمشتري مطالبة البائع)، بالواو، لما قدمنا من الوجه البعيد.

وقوله: (لأن الحوالة انفسخت بالإذن[١] الذي كان ضمناً لا يقومُ بنفسه)، ظاهر هذا التوجيه ربما يشكل بما إذا فسدت الشركة أو[٢] الوكالة، فالإذن الضِّمني يبقى، ويصح التصرفُ[٣] على ما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

ويمكن أن يقال: الحوالة تنقل الحقَ إلى المحتال، فإذا صارَ الحقُّ له ملكاً قبضه لنفسه بالاستحقاق، لا للمحيل بالإذن، وهما عقدان مختلفان. فبُطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر بخلاف الشركة والوكالة، فإن التصرف هناك واقع للإذن، فإن بطل خصوص الإذن[٤] جاز أن يبقى عمومه، وهذا ما سبقت الإشارة إليه.

فرع:

قال ابن الحداد في «المولدات»: إذا أحال الزوج زوجته على غريمه بالصداق، ثم طلقها قبل الدخول لم تبطل الحوالة، وللزوج أخذها[٥] بنصف المهر، قال من شَرَحَ كتابه: المسألة تترتب على ما إذا أحال المشتري البائع على غريمه، إن قلنا: لا تبطل الحوالة هناك، فهاهنا أولى، وإن قلنا: تبطل ثَمَّ، ففي البطلان في نصف الصَّدَاق هاهنا وجهَان، والفرق: أن البطلان[٦] سببٌ حادث ولا استناد له إلى ما تقدم بخلاف

(١) في (ز): (فالإذن)، وفي (ظ): (والإذن).

(٢) في (ز): (و).

(٣) أي: للموكل.

(٤) في (ظ): (في الإذن).

(٥) أي: مطالبتها.

(٦) في (ز): «الطلاق». (م ع).

الفسخ، والصداق أثبت من غيره، ولهذا لو زاد الصداق زيادةً مُتَّصِلَةً لم يرجع في نصفه إلّا برضاها، بخلاف ما إذا كانت في المبيع[١].

ولو أحالها ثم ارتدت قبلَ الدخول، أو فسخ أحدُهما النكاح بعيب الآخر، ففي بطلان الحوالة هذان الوجهان. والأظهر أنها[٢] لا تبطل ويرجع الزوج عليها بنصف الصداق في صورة الطلاق، وبجميعه في الردة، والفسخ بالعيب. وإذا قلنا بالبطلان؛ فليس لها مطالبة المحال عليه وتطالب الزوج بالنصف في الطلاق، أي: ولا تطالب بشيء في الردة ولا بالعيب، كذا قاله الشيخ أبو علي، والمسألة جميعها من كلامه[٣]. والله أعلم.

قال:

(ولو كانَ المبيعُ عبداً، وأحيلَ[٤] بالثَّمنِ على المشتري، فقالَ العَبد: أنا حرُّ الأصلِ وصدَّقوه جميعاً؛ بطلَتِ الحوالة، وإن صدَّقه البائعُ والـمُشتري دونَ المحتال؛ لم يكُن قولُهما حجّةً عليه، فتبقى الحوالةُ في حقِّه).

صورتها: أن يبيع عبداً ويحيل غريمَه بالثمن على المشتري، ثم يتصادق المتبايعان على أنه حر الأصل؛ إما ابتداء أو زعم العبد أنه حر فصدقاه، نُظِر: إن وافقهما المحتال بطلت الحوالة لاتفاقهم على بطلان البيع، وإذا لم يكن بيع لم يكن على المشتري ثمن،

(١) أي: بخلاف الفسخ لأن الصداق أثبت من غيره.
(٢) سقط من (ط الفكر).
(٣) من قوله: (أي ولا تطالب) إلى هنا سقط من (ز) و(ظ).
(٤) في (ط الفكر): (فأحِيل).

وإذا بطلت الحوالة رد المحتال ما أخذ على المشتري [من] الثمن[١] وبقي حقه على البائع[٢] كما كان.

وإن كذبهما المحتال، فإما أن تَقوم بينة على الحرية أو لا تقوم، إن[٣] قامت، بطلت الحوالة كما لو تقارروا[٤]، وهذه البينة يتصور أن يقيمها العبد، ويتصور أن تبتدئ الشهود على سبيل الحسبة. قال صاحب «التهذيب»: ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان، لأنهما كذباها بالدخول في البيع[٥]، وكذلك ذكر القاضي الروياني.

وإن لم تكن بينة، فلهما تحليف المحتال على نفي العلم، فإن حلف بقيت الحوالة في حقه ولم يكن تصادقهما عليه حجة، فإذا نفيت الحوالة فله أخذ المال من المشتري. وهل يرجع المشتري على البائع المحيل؟ في «التهذيب»: أنه لا يرجع؛ لأنه يقول: «ظلمني المحتال بما أخذ»، والمظلوم لا يرجع إلّا على من ظلمه[٦]. وقال الشيخ أبو حامد والقاضي ابن كج والشيخ أبو علي: يرجع؛ لأنه[٧] قضى دينه بإذنه.

وعلى هذا فيرجع إذا دفع المال إلى المحتال، وهل يرجع قبله؟ فيه الوجهان

---

(١) سقط من (ط الفكر) و(ز).

أقول: وكذلك في «الروضة» (٤/ ٢٣٥) و(ط العلمية) (٥/ ١٣٩)، وجملة «من الثمن» يستقيم الكلام بدونها. (م ع).

(٢) قوله: (على البائع) سقط من (ظ).

(٣) في (ط الفكر): (فإن).

(٤) في (ظ): (تفاروا).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٦٨).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٦٨).

(٧) من قوله: (يقول: ظلمني) إلى هنا سقط من (ز).

السابقان، فإن نكل المحتال حلف المشتري، ثم إن جعلنا اليمين المردودة[١] كالإقرار[٢] بطلت الحوالة، وإن جعلناها كالبينة[٣] فالحكم كما لو حلف؛ لأنه ليس للمشتري إقامة البينة.

وما ذكرناه في صورة الإقرار من المحال وقيام[٤] البينة من بطلان الحوالة مفروضٌ فيما إذا وقع التعرُّض لكون الحوالة بالثمن، فإن لم يقع وزعم البائع أن الحوالة عليه[٥] بدين آخر له على المشتري، نظِر: إن أنكر المشتري أصل الدين فالقول قوله مع يمينه، وإن سلمه[٦] وأنكر الحوالة به، فإن لم نعتبر رضا المحال عليه، فلا عبرة بإنكاره، وإن اعتبرناه [فهل][٧] القول قولُ[٨] مَنْ يدعي جريان الحوالة على الصحة أو قول من يدعي فسادها؟ فيه خلاف مذكور في نظائره. والله أعلم.

* * *

---

(١) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ظ): (كالبينة).

(٣) في (ظ): (كالإقرار).

(٤) في (ز) و(ظ): (صورة إقرار المحتال وقيام).

(٥) سقط من (ط الفكر).

(٦) أي: صدّقه.

(٧) ما بين المعكوفتين من (ط العلمية).

(٨) في (ط الفكر): (به فهل نعتبر قول).

قال رحمه الله:

(فَرع:

إذا جَرى لفظُ الحوالةِ وتنازعا، فقالَ أحدُهما: أردنا بها الوكالة، وقالَ الآخر: بل الحوالة (و)؛ في أن القولَ قولُ من؟ يُنظرُ في أحدِهما إلى ظاهرِ اللَّفظ. وفي الثاني إلى تَصديقِ من يدَّعي إرادةَ نفسِه ونيَّتِه؛ فإنه أعلمُ بها. ولو لم يتَّفقا على جريانِ لفظ، ولكن قالَ مستحقُّ الدَّين: أحلتَني، وقالَ من عليه الدَّين: وكَّلتُك باستيفاءِ دَيني منه؛ فالقولُ قولُ من عليه الدَّينُ في نفي الحوالة. ثم إن لم يكُن قَد قَبض، فليسَ له ذلك؛ لأنه انعزلَ بإنكارِ الوكالة. واندفعَت الحوالةُ بإنكارِ من عليه الدَّين[1]. وله مطالبتُه بالمالِ إذا اندفعَتِ[2] الحوالة؛ حتى لا يضيعَ حقُّه. وفيه وجهٌ آخر: أنه لا يُطالَب، لأنه اعترفَ ببراءتِه بدَعوى الحوالة. أما إذا قالَ المستحِقّ: وكَّلتني، فقال: لا؛ بل أحلتُك. فإن لم يكُن قد قَبضَ فقد امتنعَ عليه القَبض، وإن كانَ بعدَ القبض؛ فالصَّحيح (و): أنه يتملَّكُه الآن، وإن لم يَملِك عندَ القبض).

إذا كان لزيد عليك مئة ولك على عمرو مثلها، فوجد زيد منكَ ما يمكنه من قبض ما على عمرو، ثم اختلفتما فله صورتان:

إحداهما: أن تقول لزيد: «وكّلتُك بقبضه لي»، وقال زيد: «بل أحلتني عليه»، فينظر: إن اختلفتما في أصل اللفظ، فزعمتَ الوكالة بلفظها، وزعم زيد الحوالة بلفظها، فالقول قولك مع يمينك؛ لأن الأصل استمرارُ حق زيد عليك وحقك على عمرو.

---

(١) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (امتنعت).

وإن اتفقتما على جريان لفظ الحوالة وقلتَ: «أردتُ به التسليط بالوكالة»، فوجهان:

المنسوب إلى ابن سريج: أن القول قول زيد مع يمينه لشهادة لفظ الحوالة.

وقال المزني وساعده عليه أكثر الأصحاب: إن القول قولك مع يمينك، ويحكى هذا عن أبي حنيفة[١]، ووجهه ما ذكرناه في الصورة الأولى.

وأيضاً فإن اللفظ محتمل لما يقوله، وأنت أعرف بنيتك وإرادتك[٢]، فأشبه ما إذا قلت له: «اقبض» ثم اختلفتما في المراد فإن القول قولك، وعن القاضي الحسين: القطع بالوجه الأول، وحمل كلام المزني على ما إذا اختلفتما في أصل اللفظ وذكر فيما إذا[٣] قلت له: «اقبض»، وفَسَّرْتَهُ بالوكالة أنك لا تحتاج إلى اليمين[٤] لإشعار اللفظ بالنيابة. قال الأئمة: وموضع الوجهين ما إذا كان اللفظ الجاري بينكما: «أحلتك بمئة على عمرو». فأما إذا قلتَ: «بالمئة[٥] التي لك عليّ بالمئة[٦] التي لي على عمرو»، فهذا لا يحتمل إلّا حقيقة الحوالة، فالقول قول زيد بلا خلاف.

التفريع:

إن جعلنا القولَ قولَ زيدٍ، فإذا حلف ثَبتت الحوالة وبرئتْ ذمته[٧]. وإذا[٨]

---

(١) إذا اختلفا فيه فالقول للمحتال مع يمينه على العلم، وقيل: القول للمحيل بيمينه عند أبي حنيفة رحمه الله. انظر: «الدر المنتقى» للحصكفي في حاشية «مجمع الأنهر» (٢/ ١٤٨).

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) في (ط الفكر): (اللفظ ذكرهما إذا).

(٤) في (ظ): (العي).

(٥) في (ز): (أحلتك بالمئة).

(٦) في (ز): (التي لك على المئة).

(٧) سقط من (ز) و(ظ).

(٨) في (ز): (وإن).

جعلنا القول قولك في الصورة الأولى أو تفريعاً[١] على الوجه الآتي[٢] في الصورة الثانية، فحلفتَ[٣]، نظر: أَقَبَضَ زيدٌ ما على عمرو أم لا؟ إن قبضه برئتْ ذمة عمرو لتسليمه ما عليه إلى الوكيل أو المحتال[٤].

وحكى الإمام وجهاً ضعيفاً عن رواية صاحب «التقريب»: أنه لا يبرأ في صورة اتفاقكما على جريان لفظ الحوالة[٥].

والمشهور الأول.

ثم ينظر: إن كان المقبوض باقياً فعليه تسليمه إليك، وهل له أن يطالبك بحقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، واختاره الشيخ أبو حامد لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة.

وأصحهما ـ عن ابن الصباغ وصاحب «التتمة» وغيرهما ـ: أن له المطالبة، لأنه إن كان وكيلاً فحقه باقٍ عليك[٦]، وإن كان محتالًا فقد استرجعت منه[٧] ماله ظلمًا، فلا وجه لتضييع حقه.

قال الشيخ أبو حامد: وما ذكرنا من وجوب التسليم والوجهين في الرجوع من حيث الظاهر. فأمَّا بَيْنَـهُ وبين الله تعالى فإنه إذا لم يصل إلى حقه منك فله إمساك

(١) في (ط الفكر): (يقرا معاً).

(٢) في (ز) و(ظ): (الثاني).

(٣) في (ز): (فحلف).

(٤) في (ز): (والمحال عليه).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٢٣).

(٦) في (ط الفكر): (عليه).

(٧) سقط من (ط الفكر).

المأخوذ، لأنه ظفر بجنس حقه من مالِك[١] وأنت ظالم له.

وإن[٢] كان المقبوض تالفاً، فمنقول الأكثرين أنه إذا لم يكن التلف بتقصير منه[٣] لا يضمن، لأنه وكيل بقولك[٤]، والوكيل أمين، وليس له أن[٥] يطالبك بحقه، لأنه قد استوفاه بزعمه وهلك عنده.

وقال في «التهذيب»: إنه يضمن لأنه قد ثبتت وكالتُه، والوكيل إذا أخذ المال لنفسه ضمن[٦].

وإن لم يقبض زيد ما على عمرو، فليس له القبض بعد حلفك، لأن الحوالة قد اندفعت بيمينك وصار زيد مَعْزولاً عن الوكالة بإنكاره، ولك أن تطالب عَمْراً بما كان لك عليه.

وهل لزيد مطالبتك بحقه[٧]؟ فيه الوجهان المذكوران فيما إذا كان قد قبض وسلم المقبوض إليك. واستدرك صاحب «البيان» فقال: ينبغي أن لا يطالب هنا وجهاً واحداً، لاعترافه بأن حقه على عمروٍ، وأنَّ ما تقبضه أنت من عمرو ليس حقاً له، بخلاف ما إذا كان قد قبض، فإن حقه قد تعين في المقبوض، فإذا أخذته أخذت ماله[٨].

---

(١) في (ط الفكر): (ملكك).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ط الفكر): (منك).

(٤) أي: في زعمك.

(٥) سقط من: (ظ).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٦٨).

(٧) في (ز): (به).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٢٤).

الصورة الثانية: أن تقول لزيد: «أحلتك على عمروٍ»، ويقول زيد: «بل وكلتني بقبض ما عليه وحقي باق عليك[١]». ويظهر تصوير هذا الاختلاف عند إفلاس عمرو؛ فينظر: إن اختلفتما في أصل اللفظ فالقول قول زيد مع يمينه، وإن اتفقتما على لفظ الحوالة جرى الوجهان المذكوران في الصورة الأولى هاهنا على العكس، فعلى المَنْسوب إلى ابن سريج: القول قولك مع يمينك، وعلى القول المنسوب إلى المزني وغيره: القول قول زيد، والتوجيه[٢] ما مر.

فإذا قلنا: إن القول قولك فحلفت برئتْ ذمتُك من دين زيد، ولزيد مطالبة عمرو، إما بالوكالة أو الحوالةِ، وما يأخذه يكون له، لأنك تقول: إنه حقه، وعلى زعمه هو لك وحقه عليك فيأخذه بحقه.

وحيث قلنا: إن القول قول زيد فحلف، نظر: إن لم يكن قد قبض المال من عمرو فليس له القبض؛ لأن قول الموكل: «ما وكّلتك» يتضمن عزله لو كان وكيلاً، وله مطالبتك بحقه.

وهل لك الرجوع إلى[٣] عمرو؟ فيه وجهان، لأنك اعترفتَ بتحول ما كان عليه إلى زيد. ووجه قولنا: نعم ـ وهو اختيار القاضي ابن كج ـ: أن زيداً إن كان وكيلاً[٤]، فإن لم يقبض بقي حقك، وإن كان محتالًا فقد ظلمك بأخذ المال منك وما على عمرو حقه، فلك أن تأخذه عوضاً عما ظلمك به، وإن كان قد قبض المال من عمرو، فقد برئتْ ذمة عمرو.

---

(١) سقط من (ط الفكر).

(٢) وهو قول زيد مع يمينه.

(٣) في (ز): (على).

(٤) في (ز) و(ظ): (وكيلك).

ثم إن كان المقبوض باقياً فقد حكى في «الوسيط» وهاهنا وجهين:

أحدهما: أنه يطالبك بحقه ويرد المقبوض عليك.

والثاني ـ وهو الصحيح ـ: أنه يملكه الآن وإن لم يملكه عند القبض، لأنه جنس[١] حقه[٢]، وصاحبه يزعم أنه ملكه، ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق، بل له أن يردَّه ويطالب بحقه، وله أن يأخذه بحقه.

وإن كان تالفاً، نظر: إن[٣] تلف بتفريطٍ منه، فلك عليه الضمان، وله عليك حقه. وربما يقع في التقاص، وإن لم يكن منه تقصيرٌ فلا ضمان، لأنا إذا صدقناه في نفي الحوالة كانت يده يدَ وكالةٍ والوكيل أمين. وروى الإمام وجهاً آخر أنه يضمن؛ لأن الأصل فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره الضمان[٤]. ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه تصديقُه في إثبات[٥] الوكالة ليسقط[٦] عنه الضمان. وهذا كما أنه إذا اختلف المتبايعان في قدم العيب وحدوثه وصدقنا البائع بيمينه في نفي الرد، ثم اتفق الفسخ بتحالف أو غيره، فإنه لا يتمكن من المطالبة بأرش ذلك العيب؛ ذهاباً إلى أنه حادث بمقتضى يمينه[٧] السابقة. والله أعلم.

وقوله في الكتاب في أول الفرع: (إذا جرى لفظ الحوالة) إلى قوله: (فقولان)، يتضمن[٨] الصورتين جميعاً، فعلى رأيٍ يتبع فيهما ظاهر اللفظ، وعلى رأيٍ

---

(١) في (ط الفكر): (حبس).

(٢) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٢٢٧).

(٣) في (ط الفكر): (إن كان قد).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٢٦).

(٥) في (ط الفكر): (تثبيت).

(٦) في (ظ): (يسقط).

(٧) من قوله: (في نفي) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٨) في (ز) و(ظ): (ينظم).

يصدق من أخبر عن نيته وإرادته[١]؛ إما في طرف الإيجاب أو القبول، ويجوز أن يعلم قوله: (فقولان)، بالواو كما سبق[٢] عن القاضي الحسين، وقد حُكِيَ عنه[٣] في الصورة الثانية[٤] أيضاً: القطع بتصديق[٥] من تمسك بظاهر[٦] اللفظ[٧].

ثم قوله: (قولان)، أي للأصحاب، وليس للشافعي رضي الله عنه في المسألتين[٨] نص، وقوله في آخره: (أما إذا قال المستحق: وكلتني، فقال: لا بل أحلتك، فإن لم يكن قد قبض)، أي[٩] فالقول قول المستحق، ثم[١٠] تفريعه أنه (لم[١١] يكن قبض) إلى آخره.

ونختم الباب بفروع[١٢]:

منها: إذا أحلت زيداً على عمرو، ثم أحال عمرٌو زيداً على بكرٍ، ثم أحال بكرٌ على آخر؛ جاز. وقد تعدد المحال عليهم وزيد المحتال واحد. ولو أَحَلْتَ زيداً على عمرو ثم أحال زيدٌ بكراً على عمرو ثم أحال بكر آخر على عمرو، جاز، والتعدد

---

(١) سقط من (ز) و(ظ).

(٢) في (ز) و(ظ): (فقولان لما سبق).

(٣) سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ط الفكر): (الآتية).

(٥) في (ط الفكر): (بمقتضى).

(٦) في (ط الفكر): (بمطابقة).

(٧) في (ط الفكر): (اللفظ له).

(٨) في (ز): (المسألة).

(٩) سقط من (ط الفكر).

(١٠) في (ط الفكر) و(ظ): (ثم في).

(١١) في (ط الفكر): (إن لم).

(١٢) في (ط الفكر) و(ظ): (بصور وفروع).

هاهنا في المحتالين وعمرو[١] المحال عليه واحد، ولو أحلت زيداً على عمروٍ ثم ثبت لعمروٍ عليك مثل ذلك الدين فأحال زيداً عليك جاز.

ومنها: لك على رجلين مئة، على كل واحد خمسون، وكل واحد ضامن عن صاحبه، فأحالك أحدهما بالمئة على إنسان، بَرِئَا جميعاً. وإن أحلتَ على أحدهما بالمئة برئ الثاني؛ لأن الحوالة كالقبض. وإن أحلتَ عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحد خمسين، جاز، ويبرأ كل واحد منهما عما ضمن[٢]، وإن أحلتَ عليهما على أن يأخذ المئة من أيهما شاء[٣]؛ فعن ابن سريج فيه وجهان، وجه المنع: أنه لم يكن له إلاّ مطالبة واحد فلا يستفيد بالحوالة زيادةً[٤] قدراً وصفةً.

ومنها: لك على رجلٍ دين، فلما طالبته به قال: «قد أحلتَ فلاناً عليَّ»، وفلانٌ غائبٌ، فأنكرتَ؛ فالقولُ قولُك مع يمينك. فلو أقام بينةً سُمعتْ وسقَطَتْ مطالبتُك عنه. وهل تثبت بها[٥] الحوالة في حق الغائب حتى لا يحتاج إلى إقامة البينة[٦] إذا قدم؟ فيه وجهان[٧]. والله أعلم.

* * *

---

(١) في (ز): (و).

(٢) في (ط الفكر): (واحد ممَّا ضمن).

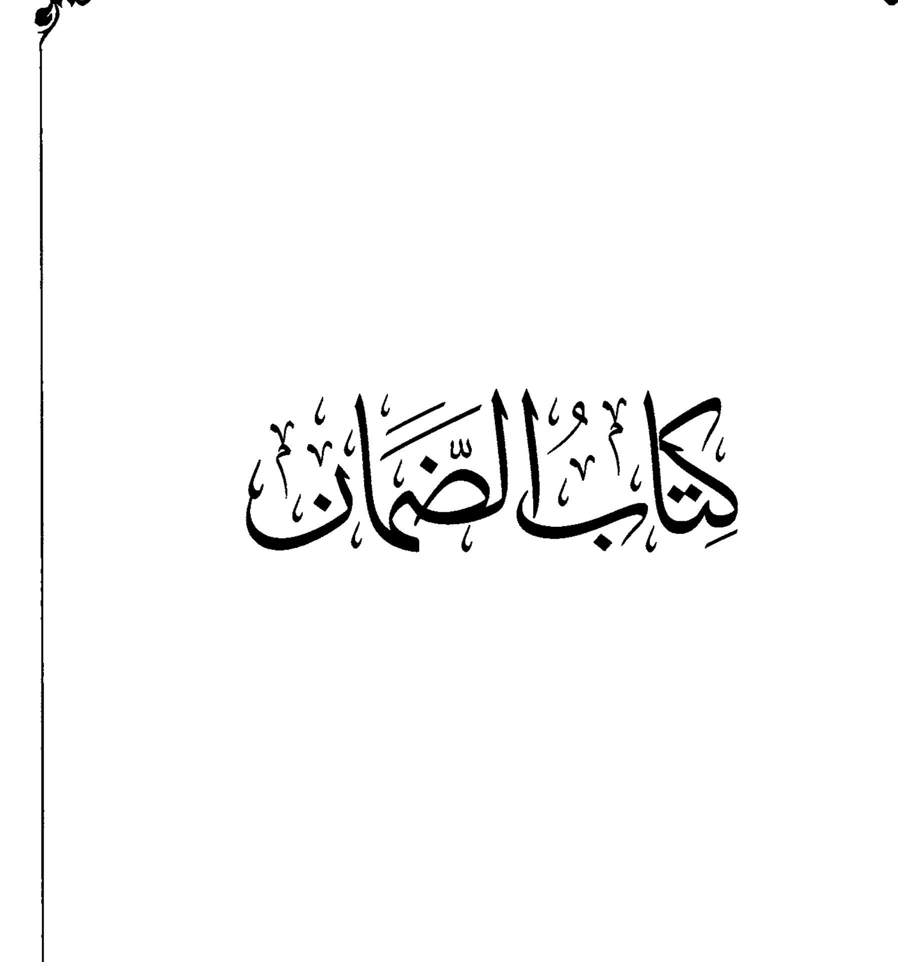
(٣) في (ز): (شئت).

(٤) في (ط الفكر): (زيادة، كما لا يستفيد بها زيادة)، وفي (ز) جاء بعدها: (كما لا يفيد زيادة).

(٥) سقط من (ط الفكر).

(٦) في (ط الفكر): (بينة).

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ٢٣٩): «قلت:...»، قال المعلق: «وعلى هامش إحدى نسخ الظاهرية: بيض المؤلف بعد قلت».



كِتَابُ الضَّمَانِ

قال حجة الإسلام رحمه الله تعالى:

(كتابُ الضَّمان[١]

وفيه بابان:

البابُ الأولُ في أركانِه، وهي خمسةٌ:

الأول: الـمَضمـونُ عنه: ولا يُشتـرطُ رضاه؛ لأنه يـجوزُ لغيرِه أن يؤدِّيَ دينَه بغيرِ إذنِه. ويصحُّ (ح) الضَّمانُ عن[٢] الميِّتِ الـمُفلِس، وأصحُّ الوَجهَين: أنه لا يُعتبرُ معرفتُه).

الإجماع والأخبار متعاضدة على صحة الضمان.

روي عن أبي أمامة أن النبي ﷺ قال: «العارية مؤداة، والدين مقضيٌّ، والزعيم غارم»[٣].

وعن أبي سعيد الخدري قال: كنا مع رسول الله ﷺ في جنازةٍ، فلما وضعت قال ﷺ: «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا: «نعم، درهمان». قال: «صلوا على صاحبكم». فقال عليٌّ كرم الله وجهه[٤]: «هما عليَّ يا رسول الله! وأنا لهما ضامن».

---

(١) هو لغة الالتزام. وشرعاً: التزام دين ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره.

(٢) في (ط الفكر) (ظ): (على).

(٣) سبق تخريجه في أول الحوالة ص (٤٠١) من هذا الجزء.

(٤) في (ز) و(ظ): (عليٌّ رضي الله عنه).

فقام رسول الله ﷺ فَصلى عليه، ثم أقبل على عليٍّ فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وَفَكَّ رِهانَك كما فككتَ رهان أخيك»[١].

وروي أنه ﷺ أُتِيَ بجنازةٍ فقال: «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا: «نعم، ديناران». فقال: «صلوا على صاحبكم».[٢] فقال أبو قتادة : «هما عليَّ يا رسول الله!» فصلى عليه النبي ﷺ[٣].

ثم نقل العلماء أن هذا كان في أول الإسلام، ولم يكن النبي ﷺ يصلي على من لم يخلِّفْ وفاءً من المديونين، لأن صلاته ﷺ شفاعة موجبة للمغفرة، ولم يكن حينئذ في الأموال سعةٌ، فلما فتح الله الفتوح قال النبي ﷺ: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم»[٤].

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٧)، برقم (١٩٤)، عن علي، بلفظ: «ديناران» بدل: «درهمان». والبيهقي (٦/ ٧٣)، في الضمان، باب وجوب الحق بالضمان، من طرق بأسانيد ضعيفة، وفي جميعها: «ديناران» بدل: «الدرهمين»، والحديث ضعيف كما في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٧).

(٢) قوله: (فقال: صلوا على صاحبكم) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٣) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٥٤٥)، برقم (٢٢٨٩)، في الحوالة، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، عن سلمة بن الأكوع، وفيه أن الدين كان ثلاثة دنانير، وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٦)، برقم (٣٢٠٤)، في الينبوع، باب التشديد في الدين، من حديث جابر بلفظ: كان رسول الله ﷺ لا يصلي على رجل مات وعليه دين، فأُتِي بميت فقال: «أعليه دين؟» قالوا: «نعم، ديناران». فقال: «صلوا على صاحبكم». فقال أبو قتادة الأنصاري: «هما عليَّ يا رسول الله». قال: فصلى عليه رسول الله ﷺ، فلما فتح الله على رسوله ﷺ قال: «أَنَا أَوْلَى بكل مؤمنٍ من نفسه، فمن ترك دَيْناً فعليَّ قضاؤُهُ، ومن ترك مالاً فَلِوَرَثَتِهِ» وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجَهْ من حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة».

(٤) أخرجه ابن ماجَهْ (٢/ ٨٠٧)، برقم (٢٤١٥)، في الصدقات، باب من ترك دَيْناً أو ضياعاً فعلى الله ورسوله، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ كان يقول: إذا تُوُفِّيَ المؤمن في عهد رسول الله ﷺ وعليه دين فيسأل: «هل ترك لِدَيْنه من قضاء؟» فإن قالوا: «نعم». صلى عليه. وإن قالوا: «لا»، قال: «صلوا على صاحبكم». فلما فتح الله على رسوله الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دين فَعَلَيَّ قضاؤه. ومن ترك مالاً فهو لورثَتِه». وثبت به وبما سبق من حديث جابر رضي الله عنهم =

ونُقل عنه ﷺ أنه قال في خطبته: «من خلف مالاً أو حقاً فلورثته، ومن خلف كلًّا أو دَيْناً فكلُّه إليَّ، ودَيْنه[١] عليَّ». قيل: «يا رسول الله وعلى كل إمامٍ بعدك؟»، قال: «وعلى كلِّ إمام بعدي»[٢].

وقد ضمَّن حجة الإسلام مسائل[٣] الضمان في بابين:

أحدهما: في أركان صحة الضمان.

والثاني: في أنه إذا صح فما حكمه؟ وهذا ترتيبه في أغلب الأبواب.

أما الأركان، فأولها: المضمون عنه، وهو الأصيل، ولا يشترط رضاه لصحة الضمان وِفاقاً، إذ يجوز أداءُ دين الغير بغير إذنه، فالتزامه[٤] في الذمة أولى بالجواز،

= معنى ما نقله الرافعي من العلماء.

(١) في (ظ): (وكله).

(٢) صدر هذا الحديث، أخرجه البخاري مع «الفتح» (٥/ ٧٥)، برقم (٢٣٩٨)، في الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً. ومسلم (٣/ ١٢٣٨)، برقم (١٧) (١٦١٩)، في الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته، كلاهما عن أبي هريرة بلفظ: «من ترك مالاً فلورثته. ومن ترك كلاً فإلينا» ولم أعثر على لفظ: «حقاً» وثبت عندهم أيضاً لفظ: «ديناً أو ضياعاً فعليَّ». وأخرجه ابن ماجَهْ (٢/ ٨٠٧)، برقم (٢٤١٦)، في الصدقات، باب من ترك دَيْناً أو ضياعاً فعلى الله وعلى رسوله، عن جابر بلفظ: «ومن ترك ديناً أو ضياعاً فعَلَيَّ وإليَّ».
وآخر الحديث أخرجه الطبراني في «الكبير» (٦/ ٢٤٠)، برقم (٦١٠٣)، عن سلمان قال: «أمرنا نبيّ الله ﷺ أن نفدي سبايا المسلمين ونعطي سائلهم»، ثم قال: «من ترك مالاً فلورثته. ومن ترك دَيناً فعَلَيَّ وعلى الوُلاةِ مِنْ بعدي من بيت مال المسلمين». وفيه أبو الصباح عبد الغفور بن سعيد الأنصاري الواسطي، قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٩): «وهو متروك متَّهم». وقال في «ميزان الاعتدال» (٢/ ٦٤١)، برقم (٥١٥٠): «قال يحيى بن معين: ليس حديثه بشيء. وقال ابن حبان: كان ممن يضع الحديث. وقال البخاري: تركوه. وقال ابن عدي: ضعيف منكر الحديث».

(٣) في (ظ): (ضمَّن صاحب الكتاب رحمه الله مسائل).

(٤) أي: فضمانه.

ويدل عليه أنه يصح الضمانُ عن الميت. ومعلوم أنه لا يتصور منه الرضا، والدليل على صحته ما قدمناه مِنْ ضمان عليٍّ وأبي قتادة رضي الله عنهما. ولا فرق بين أن يُخلِّف الميت وفاءً أَوْ لاَ يُخلِّف، فإن النبي ﷺ لم يبحث عن ذلك، وبهذا قال مالك[١] وأحمد[٢].

وعند أبي[٣] حنيفة: لا يصح إلّا إذا خلَّف وفاءً أو كان به ضامن وساعدنا فيما إذا ضمن عنه في حياته ثم مات وهو معسر أنه لا يبطل الضمان.

وهل يشترط معرفة المضمون عنه لصحة الضمان؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه[٤] يشترط ليعرف حاله، ولأنه[٥] يستحق اصطناع المعروف إليه، وهذا ما أورده الصيدلاني.

وأصحهما: أنه[٦] لا يشترط كما لا يشترط رضاه[٧].

واعلم أن الشافعي رضي الله عنه قال في مسألة ضمان دين[٨] الميت: ولو ضمن دينَ ميتٍ بعد ما تعرفه وتعرف لمن هو؛ فالضمان في ذلك لازم. واختلفوا فيما يعود الهاء إليه في قوله: بعد ما تعرفه، بحسب اختلافهم في اشتراط معرفة المضمون عنه، فمن شرطها قال: هي عائدة إلى الميت المضمون عنه، ومن لم يشرطها قال: هي عائدة إلى الدَّيْن، إذ لا بد من معرفة جنسه وقدره، وهو الصحيح، ويدل عليه أن أبا بكر الفارسي نقل هذا النص بعينه

(١) «المعونة» (٢/ ١٢٣٢).
(٢) «المغني» (٤/ ٥٩٣).
(٣) «الهداية» (٣/ ١٠٣)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ١٣٦)، وقال صاحباه: يصح.
(٤) في (ز) و(ظ): (أنها).
(٥) في (ظ): (وأنه هل)، وفي (ط الفكر) و(ز): (وأنه هل).
(٦) في (ظ): (أنها).
(٧) قال في «الروضة» (٤/ ٢٤١): «قلت: وسواء كان المضمون عنه حراً أم عبداً أم معسراً. والله أعلم».
(٨) سقط من (ط الفكر) و(ز).

في «عيون المسائل»، وأنه قال في توجيهه: لأنه عرف ما ضمنه ولمن ضمنه[١]. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الركنُ الثاني: الـمَضمونُ له: وفي اشتراطِ معرفتِه وجهان، فإن شُرِطَت؛ ففي اشتراطِ رضاه وجهان. فإن شرطَ ففي اشتراطِ قَبوله[٢] وجهان، وهذا لأن الضَّمانَ تجديدُ سلطةٍ[٣] له لم تكُن، فلم يَجُز إلاّ بإذنِه، بخلافِ الـمَضمونِ عنه).

المضمون له هو: مستحق الدين، وفي اشتراط معرفته وجهان:

أحدهما: أنه لا يشترط، لأنه لم يقع التعرض له[٤] والبحث عنه في ضمان عليٍّ وأبي قتادة رضي الله عنهما.

وأصحهما: أنه لا بد أن يعرفه الضامن[٥]، لأن الناس يتفاوتون في الإيفاء[٦] والاستيفاء تشديداً وتسهيلاً، والأغراض تختلف بذلك، والضمان مع إهماله غرر وضرر من غير ضرورة.

وعلى هذا ففي اشتراط رِضاه وجهان:

قال الأكثرون: لا يشترط، لأن الضمان محض التزام، وليس موضوعاً على قواعد المعاقدات.

---

(١) في (ظ): (يضمنه).

(٢) قوله: (رضاه وجهان فإن شرط ففي اشتراط قبوله) سقط من (ز)، وفيها بدله: (قبوله).

(٣) في (ز): (تجدد سلطته).

(٤) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ط الفكر): (أن لا بد له أن يعرف الضامن).

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (الاقتضاء).

وقال صاحب «الإفصاح» والقاضي ابن كج: يشترط، لأن الضمان يجدد له سلطنة وولاية لم تكن، ويبعد أن يتملك بتمليك الغير شيئاً من غير رضاه، وبهذا قال أبو حنيفة[(١)]، إلاّ أنه قال: لو التمس المريض من الورثة أن يضمنوا دينه فأجابوا، صح، وإن لم يرضَ المضمون له.

وإذا قلنا باشتراط رضاه، ففي اشتراط قبوله وجهان، وجه الاشتراط: أنه يملك[(٢)] في مقابلة تمليك الضامن، فيعتبر فيه القبول، كسائر التمليكات والتملكات[(٣)]، والأصح أنه لا يشترط، وفرقوا بينه وبين سائر التملكات[(٤)] بأن الضمان لا يثبت ملك شيء جديد، وإنما يتوثق به الدين الذي كان مملوكاً، وهذا يشكل بالرهن فإنه لا يفيد إلّا التوثيق، ويعتبر فيه القبول.

وعن الشيخ أبي محمد: تقريب هذا الخلاف من الخلاف في اشتراط القبول في الوكالة، لأن كل واحد منهما يجدد سلطة[(٥)] لم تكن؛ فإن شرطنا القبول فليكن ما بينه وبين الضمان مثل ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود، وإن لم نشترط فيجوز أن يتقدم الرضا على الضمان، وإن تأخَّر عنه فهو إجازة إن جوَّزنا وقف العقود، كذا ذكره الإمام.

وفرَّع على قولنا: لا يشترط رضاه، فقال: إذا ضمن بغير رضاه، فينظر:

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٣٧)، وخالفه صاحباه. واتفقوا في مسألة المريض.... إلخ.

(٢) في (ظ): (لا يملك).

(٣) سقط من (ظ).

(٤) في (ز) و(ظ): (التمليكات).

(٥) في (ز): (منهما لم يجدد سلطته).

إن ضمن بغير إذن المضمون عنه، فالمضمون له بالخيار، إن شاء طَالَبَ الضامن وإن شاء تركه.

وإن كان الضمان بإذنه، فحيث قلنا: يرجع الضامن على المضمون عنه، يُجْبر[١] المضمون له على قبوله، لأن ما يؤديه في حكم ملك المضمون عنه، وحيث قلنا: لا يرجع، فهو كما لو قال لغيره: «أدِّ دَيْني» ولم يشترط الرجوع، وقلنا: إنه لا[٢] يرجع؛ وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول؟ فيه وجهان بناءً على أن المؤدَّى يقع فداءً أو موهوباً ممن عليه الدين؟ إن قلنا بالثاني لم يكن له الامتناع وهو الأشهر.

هذا بيان الخلاف[٣] في اشتراط معرفة المضمون له وتفريعه، وجَمَعَ جامعون بين معرفته ومعرفة المضمون عنه، فقالوا: في معرفتهما ثلاثة أوجه. ثالثها: اشتراط معرفة المضمون له[٤] دون معرفة[٥] المضمون عنه، لأنه لا معاملة بينه وبين الضامن.

وزاد الإمام وجهاً رابعاً؛ وهو اشتراط معرفة المضمون عنه دون المضمون[٦] له. وفي طريقة الصيدلاني ما يقتضيه، وهو غريب[٧]. والله أعلم.

---

(١) في (ط الفكر): (يتخير)، وفي (ز) و(ظ): (فيجبر).

(٢) سقط: (لا) من (ظ).

(٣) فحصل في معرفة المضمون له والمضمون عنه ثلاثة أوجه: أصحها: يشترط معرفة المضمون له فقط. والثاني: يشترط معرفتهما. والثالث: لا يشترط. ويأتي الرابع.

(٤) من قوله: (وتفريعه) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٥) سقط من (ز) و(ظ).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٥).

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ٢٤١): «قلت: وإذا شرطنا قبول المضمون له فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله. قال في «الحاوي»: لأنه لم يتم الضمان فأشبه البيع. والله أعلم».

قال رحمه الله:

(الركنُ الثّالث: الضّامن: ويُشترطُ فيه صحّةُ العبارةِ وأهليّةُ التّبرُّع، ويصحُّ (م) ضمانُ الزَّوجةِ دونَ إذنِ الزَّوجِ. وفي ضمانِ الرَّقيقِ دونَ إذنِ السَّيِّدِ وجهان. فإن صحَّ؛ فيُتبَعُ به إذا عَتَق، وإن ضَمنَ بالإذن؛ فيتعلَّقُ بكسبِهِ في وجه، ولا يتعلَّـق به في وجه، ويفـرَّقُ بين المأذونِ في التِّجارةِ وغيرِهِ في وجه).

ضَبْطُ مَنْ يصح ضمانه: بأن يكون صحيحَ العبارةِ، أهلاً للتبرع.

أما صحة العبارة؛ فيخرج عنه الصغير والمجنون والمغمى عليه والمبرسم الذي يهذي، فلا يصح ضمانهم كسائر التصرفات. ولو ضمن ضامن ثم قال: «كنت صبياً يوم الضمان»، وكان محتملاً فالقول قوله مع يمينه. وكذا لو قال: «كنت مجنوناً» وقد عرف له جنون سابق أو أقام عليه بينة، وإلّا فالقول قول المضمون له مع يمينه. وفي ضمـان السكران[1] الخلاف المذكور[2] في سائر تصرفاته[3]. والأخرس الذي ليست له إشارة مفهومة ولا كتابة، لا نعرف أنه ضمن حتى نصحح أو نبطل. وإن كانت له إشارة مفهومة صح ضمانُه[4] بها كبيعه وسائر تصرفاته. وعن أبي الحسين أن من الأصحاب من أبطله. وقال: لا ضرورة إلى الضمان بخلاف سائر التصرفات. ولو

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٢٤١): «قلت: هذا في السكران بمعصية، فأما السكران بمباح فكالمجنون. والله أعلم».

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) في (ط الفكر): (تصرفاته لا يصح ضمانه. والأخرس الذي إشارته مفهومة).

(٤) في (ط الفكر): (مفهومة يصح ضمانه).

ضمن بالكتابة فوجهان، سواء أحسن الإشارة أم لا، أظهرهما: الصحة، وذلك عند وجود القرينة المشعرة بالمقصود. ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات.

وأما أهلية التبرع؛ فإنه قصد بها التحرز عن المحجور عليه بالسفه، ونَحَا فيه نَحْوَ الإمام حيث[1] قال: المحجور عليه وإن كان تصح عبارته عند إذن وليه، فضمانُه مردودٌ من قِبَل أنه تبرعٌ، وتبرعات المبذّر مردودةٌ، ولا يصح من الولي الإذن فيها.

واعلم أن القول بكون الضمان تبرعاً، إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع، فأما حيث ثبت الرجوع[2]، فهو إقراضٌ، لا محض تبرع، ويدل عليه[3] أن القاضي الروياني حكى في «التجربة» عن نص الشافعي رضي الله عنه أنه إذا ضمن في مرض الموت بغير إذن من[4] عليه الحق فهو محسوب من ثلثه، وإن ضمن بإذنه فهو محسوب من رأس المال؛ لأن للورثة أن يرجعوا على الأصيل، وهو وإن لم يكن تبرعاً فلا يصح من المحجور كالبيع وسائر التصرفات المالية، فإن أذن فيه الولي فليكن كما لو أذن في البيع[5]. وأما المحجور عليه بالفلس فضمانه كشرائه.

---

(١) في (ط الفكر): (بحيث).

(٢) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٣) في (ظ): (فهو قرض محض ويدل عليه).

(٤) أي المضمون عنه.

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢٤٢): «قلت: الذي قاله الإمام هو الصواب، وقد صرّح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الإذن وعدمه. وقول الرَّافعي: إنه ليس تبرعاً، فاسد. فإنه لو سلم أنه كالقرض كان تبرعاً. وقوله: إذا أذن الولي كان كالبيع، يعني فيجري فيه الوجهان، فاسد أيضاً. فإن البيع إنما صح على وجه، لأنه لا يأذن إلّا فيما فيه ربح أو مصلحة. والضمان غرر كله بلا مصلحة. وأما ضمان المريض فقال صاحب «الحاوي»: هو معتبر من الثلث، لأنه تبرع. فإن كان عليه دين مستغرق فالضمان باطل، وإن خرج بعضه من الثلث صح فيه، فلو ضمن في مرضه ثم أقرَّ بدين مستغرق قدم الدين ولا يؤثر تأخر الإقرار به. والله أعلم».

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: ضمان المرأة صحيح، خليةً[١] كانت أو مزوَّجة، ولا حاجة إلى إذن الزوج كما في سائر تصرفاتها. وعن مالك[٢]: أنه لا بد من إذنه.

الثانية: في ضمان العبد بغير إذن سيده، مأذوناً في التجارة أو لم يكن، وجهان عن ابن سريج:

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه صحيح، ويتبع به بعد العتق، لأنه لا ضرر فيه على السيد، فصار كما لو أقر بإتلاف مال وكذّبه السيد[٣].

وأصحهما ـ وبه قال الإصطخري ـ: أنه باطل، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد، فأشبه النكاح، وإن ضمن بإذن سيده صح، ثم إن قال: «أقضه مما تكتسبه» أو قال للمأذون: «أقضه من المال الذي في يدك»؛ قضى[٤] منه. وإن عين مالًا وأمر[٥] بالقضاء منه فكمثل، وإن اقتصر على الإذن في الضمان.

فإن لم يكن العبد مأذوناً له في التجارة فوجهان:

أحدهما: أنه يكون في ذمته إلى أن يعتق، لأنه إنما أذن في الالتزام دون الأداء.

وأظهرهما: أنه يتعلق بما يكتسبه بعد الإذن، كما لو أذن له في النكاح يتعلق المهر باكتسابه. وعن الشيخ أبي علي حكاية وجهٍ غريبٍ أنه يتعلق برقبته.

---

(١) خَلَتِ المرأةُ من مانع النكاح خُلُوّاً فهي خَلِيَّةٌ. «المصباح المنير»، مادة: خلى.

(٢) قال في «مواهب الجليل» (٥/ ٩٧): «فإذا تكلفت المرأة بشيء أكثر من ثلث فلزوجها رد الجميع... وإذا أجاز الزوج كفالة زوجته الرشيدة في أكثر من ثلث جاز، تكلفت عنه أو عن غيره».

(٣) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٤٧).

(٤) في (ز): (قضاه).

(٥) سقطت الواو من (ط الفكر).

وإن كان مأذوناً له في التجارة؛ فيتعلق بذمته أم كيف الحال؟ فيه وجهان، رتبهما الإمام على الوجهين في غير المأذون[١]، وأولى بأن يحال[٢] على الذمة لإشعار ظاهر الحال بخلافه، وعلى هذا فيتعلق بما يكتسبه من بعد إذنه[٣]، وبما في يده من الربح الحاصل، أم بهما وبرأس المال؟ أيضاً فيه وجوه، أشبهها: الثالث، والوجوه التي أوردها صاحب الكتاب فيما إذا ضمن بالإذن[٤]، تخرج من الترتيب الذي أشار إليه الإمام، فعلى رأيٍ: إن كان مأذوناً له تعلق بكسبه وإلا[٥] لم يتعلق إلاّ بالذمة.

وحيث قلنا: يؤدِّي مما في يده، فلو كان عليه ديون ففيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج:

أحدها: أن المضمون له يشارك الغرماء، لأنه دين لزم بإذن المولى فأشبه سائر الديون.

والثاني: أن الضمان لا يتعلق بما في يده أصلاً، لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء.

والثالث: أنه يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين[٦]، وهذا إذا لم يحجر القاضي عليه، فإن حجر باستدعاء الغرماء، لم يتعلق الضمان بما في يده لا محالة.

والمدبر وأم الولد كالقن في الضمان، وكذا مَنْ بعضه حر وبعضه رقيق. وإن لم يكن بينه وبين السيد مُهايأةٌ[٧] أو كانَتْ، ضَمِنَ[٨] في نوبة السيد، وإن لم يكن بينهما

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٩٣).

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (لا يحال).

(٣) في (ز) و(ظ): (أم به).

(٤) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٢٠٢).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٢٤٣): «قلت: أصحها الثالث. والله أعلم».

(٧) هَايَأَ وتهايَأَ القوم أي جعلوا لكل واحدٍ هَيْئَةً معلومة. «المصباح المنير»، مادة: هيأ. قال في «التعريفات»: المهايأة: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب.

(٨) في الأصل و(ز): (وضمن).

مُهايَأَةٌ كما لو اشترى بنفسه[1] شيئاً؛ ويجوز أن يخرَّج على الخلاف في المؤن والأكساب النادرة، أنها هل تدخل في المهايأة؟ وضمان المكاتب بغير إذن السيد كضمان القن وبالإذن، قالوا هو على الخلاف في تبرعاته.

فرع:

إذا ضمن العبد بإذن السيد وأدى مال الضمان في رقِّه فحق الرجوع للسيد، وإن أدَّاه بعدما عُتق فحق الرجوع للعبد في أصح الوجهين.

ووجه الثاني: أن مال الضمان كالمستثنى عن اكتسابه فلا يستحقها بالعتق، ولو ضمن العبد شيئاً لسيده عن أجنبي لم يصح، لأنه يؤديه من كسبه، وكسبه لسيده، فهو كما لو ضمن المستحق لنفسه. ولو ضمن لأجنبي عن سيده؛ فإذا لم يأذن السيد فهو كما لو ضمن عن أجنبي، وإن ضمن بإذنه صحّ. ثم إن أدى قبل العتق فلا رجوع له، وإن أدى بعده ففي رجوعه على السيد وجهان، بناء على الوجهين فيما لو آجَر عبده ثم أعتقه ففي أثناء المدة، هل يرجع بأجرة المثل لبقية المدة[2]؟ والله أعلم.

* * *

---

(١) في (ز): (لنفسه).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢٤٤): «قلت: لو ثبت على عبدٍ دين بالمعاملة فضمنه سيده صح كالأجنبي. ولو ضمن السيد لعبده ديناً على أجنبي، فإن لم يكن على العبد دين من التجارة فالضمان باطل وإلّا فوجهان. قاله في «الحاوي». والله أعلم».

قال رحمه الله:

(الركنُ الرّابع: الـمَضمونُ به: وشرطُه: أن يكونَ حقّاً[1] ثابتاً (م ح و) لازماً (م ح و) مَعلوماً (م ح و)، واحترَزنا بالثّابتِ عن ضمانِ دينٍ سيلزَمُ ببيعٍ أو قرضٍ بعدَه، فإنه لا يصحُّ (م ح) في الجديدِ (و)، وفي ضمانِ ما سَبقَ سببُ وجوبِه ولم يَجِب، كنفقةِ[2] الغدِ للمرأةِ قولان في الجديد. وضمانُ العُهدةِ للمشتري صَحيحٌ (و) بعدَ قبضِ الثَّمن؛ لأجل الحاجةِ إلى مُعاملةِ الغُرماء[3]، وكذلكَ ضمانُ نُقصانِ الصّنجةِ ورداءةِ الجنسِ في الـمَبيع. وفي صحّةِ ضمانِ عُهدةٍ تلحَقُ بالعَيبِ أو بالفسادِ من جهةٍ أخرى، لا بخروجِه مستحِقّاً وجهان. فإن صُحِّحَ صريحاً، ففي اندراجِه تحتَ مطلقِ ضَمانِ العُهدةِ وجهان).

يشترط في الحق[4] المضمون ثلاث صفات: كونه ثابتاً ولازماً ومعلومَ[5] الصفةِ.

الأُولى: الثبوت، وفيه مسائل:

إحداها: إذا ضمن ديناً لم يجب بعد، ويستحب بقرض[6] أو بيع وما أشبههما، ففيه طريقان، حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره:

---

(١) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (كضمان نفقة).

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (الغرباء).

(٤) في (ظ): (حق).

(٥) في (ظ): (ومعلوماً).

(٦) في (ط الفكر): (كقرض).

أشهرهما ـ وبه قال ابن سريج ـ: أنه على قولين:

القديم: أنه يصح، لأنه قد تمس الحاجة إليه، وهذا كما أنه جوز في القديم ضمان نفقة يوم[١] المستقبل، وبهذا قال أبو حنيفة[٢] ومالك[٣].

والجديد: المنع، وبه قال أحمد[٤]، لأن الضمان لو تبعه الحق، فلا يسبق وجوب الحق كالشهادة.

والثاني[٥] ـ وهو اختيار الشيخ أبي حامد ـ: القطع بالمنع. ويخالف ضمان النفقة، لأن النفقة على القديم تجب بالعقد، فضمانها ضمان واجب لا غير واجب، والمذكور في الكتاب هو الطريقة الأولى. ويجوز إعلام قوله: (على الجديد)، بالواو للثانية[٦]، وإعلام قوله: (لا يصح)، بالحاء والميم لما ذكرنا.

وذكر[٧] الإمام أموراً مفرعة على القديم:

أحدها: إذا قال: «ضمنت لك ما تبيع من فلان»، فباع الشيء بعد الشيء، كان ضامناً للكل[٨]؛ لأن (ما) من أدوات الشرط، فتقتضي العموم، بخلاف ما إذا قال:

---

(١) سقط من (ز) و(ظ).

(٢) يصح ضمان ما يجب في المستقبل كضمان نفقة المستقبل عند أبي حنيفة. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ١٤٢).

(٣) مقتضى المذهب المالكي صحة ضمان ما هو محتمل الثبوت في المستقبل، كما قال المَوَّاق، مع وجود الخلاف فيه فيما بينهم. انظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٩٩).

(٤) صحّ ضمان ما لم يجب عند الحنابلة. واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها، بدليل الجَعْل في الجِعالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار. انظر: «المغني» (٤/ ٥٩٤).

(٥) أي الطريق الثاني.

(٦) في (ز): (للطريقة الثانية).

(٧) في (ز) و(ظ): (ونقل).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٠).

«إذا بعت من فلان فأنا ضامن»، من حيث لا يكون ضامناً إلّا لثمن ما باعه أولاً. لأن (إذا) ليست من أدوات الشرط.

الثاني: إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين، فهاهنا أولى، وإلّا فوجهان، وكذا معرفة المضمون عنه.

الثالث: لا يطالب الضامن ما لم يلزم الدين على الأصيل، وليس له الرجوع بعد لزومه، وأما قبله فعن ابن سريج أن له أن يرجع، وقال غيره: لا؛ لأن وضع الضمان على اللزوم.

وإذا قلنا بالجديد؛ فلو قال: «أقرِضْ فلاناً كذا وعليَّ ضمانُه»، فأقرضه؛ قال القاضي الروياني: المذهب أنه لا يجوز.

وعن ابن سريج تجويزه؛ لأنه ضمان مقرون بالقرض.

المسألة الثانية: ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة صحيحٌ، سواء كانت نفقة الموسرين أو المعسرين، وكذا ضمان الإدَامِ ونفقة الخادمة[١] وسائر المؤن، ولو ضمن نفقة اليوم فكمثل، لأنها تجب بطلوع الفجر[٢].

وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل قولان، بناءً على أن النفقة تجب بالعقد أو بالتمكين؟ إن قلنا بالأول وهو القديم؛ صح، وإن قلنا بالثاني، فلا، وهو الأصح، هكذا نقل عامة الأصحاب، وأشار الإمام إلى أنه على قولين[٣]، مع تفريعنا على أن ضمان ما لم يجب باطلٌ، لأن سبب وجوب النفقة على تعاقب الأيام ناجزٌ وهو النكاح.

---

(١) في (ظ): (الخادم).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (الشمس). قال في «المصباح المنير»، في مادة: يوم: «اليوم: أولُه من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس».

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٣/ ١٧٠).

وهذا ما أورده المصنف. وقال[١]: (وفي ضمان ما سبقَ سببُ وجوبِه ولم يجب) إلى آخره، وفيه إشكال، لأن سبب وجوب النفقة إما النكاح أو[٢] التمكين في النكاح، إن كان الأول فالنفقة واجبة، فكيف قال: (ولم يجب؟!) وإن كان الثاني فالسبب غيرُ موجودٍ. ويجوز أن يقال في الجواب: ليس المراد من سبب الوجوب هاهنا ما يقترن[٣] به الوجوب، بل المراد منه الأمر الذي إذا وجد استعقب الوجوب ظاهراً عند وجود أمرٍ آخر. ويتأيد[٤] ذلك بأنهم نقلوا قولين فيما إذا ضمن أرش الجناية وما يتولد منها. ومعلوم أن الجناية ليست سبباً لما يتولد منها إلّا على هذا التفسير. أما عند قولنا: سبب الوجوب النكاح أو التمكين، فنعني به ما يقترن به الوجوب.

فإذا جوزنا ضمان نفقة المستقبل، فله شرطان:

أحدهما: أن يقدر مدةً. أما إذا أطلق لم يصح فيما بعد الغد. وفيه وجهان أخذاً من الخلاف فيما إذا قال: «آجرتُك كل شهر بدرهم»، ولم يقدر مدة[٥] هل يصح في الشهر الأول؟.

والثاني: أن يكون المضمون نفقة المعسرين، وإن كان المضمون[٦] عنه موسراً أو متوسطاً لأنه ربما يعسر، وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يجوز ضمان نفقة الموسرين والمتوسطين، لأن الظاهر استمرار حاله[٧].

---

(١) في (ز) و(ظ): (فقال).

(٢) في (ظ): (و).

(٣) في (ط الفكر): (تقرر).

(٤) في (ط الفكر): (وبيان).

(٥) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٦) قوله: (نفقة المعسرين وإن كان المضمون) سقط من (ظ).

(٧) في (ط الفكر): (ماله).

وضمان نفقة القريب للمدة المستقبلة لا يجوز. وفي ضمان نفقة اليوم وجهان، والفرق: أن سبيلها سبيل البِرّ والصِلة لا سبيلَ الديون، ولهذا تسقط بمضي الزمان وضيافة الغير.

المسألة الثالثة: من باع شيئاً فخرج مستحَقاً فعليه رد الثمن، ولا حاجة فيه إلى شرط والتزامٍ. قال القفال: ومن الحماقة اشتراطُ ذلك في القَبالات(١). وإن ضمن عنه ضامنٌ ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحَقاً، فهذا ضمان العهدة، ويسمى: (ضمان الدَرَك) أيضاً.

أما ضمان العهدة: فقد قال في «التتمة»: إنما سمي به لِإلْتزامه ما في عهدة البائع ردُّه. ويجوز أخذه من شيئين آخرين:

أحدهما: قال في «الصِحاح»: يقال: في الأمر عهدةٌ أي لم يحكم بعد، وفي عقله عهدةٌ أي ضَعْف، فكأنَّ الضامنُ ضَمِن ضعفَ العقد والتزم ما يحتاج فيه من غُرْمٍ.

والثاني: قال: العهدة الرَجْعة، يقال: أبيعك(٢) المَلَسَى لا عهدة، أي: يَنْمَلِس(٣) وينقلب(٤) فلا يرجع إليَّ، فالضامِنُ التزم رجعةَ المشتري عليه عند الحاجة.

---

(١) القَبالَة، بالفتح: اسم المكتوب من ذلك، لما يلتزمه الإنسان من عَمَلٍ ودَيْن وغير ذلك، والقِبَالة بالكسر: العمل، لأنه صناعة. «المصباح المنير»، مادة: قبل. وفي نسخة (ط الفكر): (العيالات) ولا معنى لها. وقال في «اللسان» في مادة: قبل: «القبالة: الضمان».

(٢) قال الفيّومي: «يقال في البيع: المَلَسَى بفتح الكل، وهي كلمة مؤنثة بالألف». يقال: أبيعك المَلَسَى لا عهدة. قال الأزهري: «أي أن يَنْمَلِسَ وينقلب فلا ترجع عليَّ ولا عهدةَ لك عليَّ». وقال بعضهم: معنى قولهم: المَلَسَى، لا عهدة له. «المصباح المنير»، مادة: ملس.

(٣) في الأصل: تَتَملس.

(٤) في (ز): «وينفلت». (م ع).

وأما الدرك: فقد قال في «الصحاح»: الدرك: التَبِعة تسكّن وتحرك، وفي «التتمة» أنه سمي: ضمان الدرك لِإلْتزامه الغرامة عند إدراك المستحِق عين ماله.

وفي صحة هذا الضمان طريقان:

أظهرهما: أنها على قولين:

أحدهما ـ خرَّجه ابن سريج وغيره ـ: أنه لا يصح، لأنه ضمان ما لم يجب، ولأنه لا يجوز الرهن به، فكذلك الكفيل.

وأصحهما ـ وهو نصه في آخر كتاب الإقرار ـ: أنه صحيح، وبه قال أبو حنيفة[١] ومالك[٢] وأحمد[٣]، لإطباق الناس عليه وإيداعه الصكوك في جميع الأعصار. والمعنى فيه: أن الحاجة تمس إلى معاملة من لا يعرف من الغرماء ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظَفَرِ به لو ظهر الاستحقاق فيحتاج إلى التوثيق.

والثاني: القطع بالصحة، حكاه القاضي ابن كج عن أبي إسحاق[٤] وابن القطان.

وأجيب عن توجيه قول المنع بأنه إذا بان الاستحقاق، بانَ أن رد الثمن كان واجباً عليه[٥] إلاّ أنا كنا لا نعرفه، وأما الرهن فالكلام فيه قد مر في كتاب الرهن.

التفريع:

إن قلنا بالصحة فذاك إذا ضمن بعد قبض الثمن، أما قبله فوجهان:

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٤١).

(٢) «مواهب الجليل» (٥/ ١٠٣).

(٣) ضمان العهدة: هو ضمـان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخـر، وأجازه الأئمة الأربعة كما ذكره في «المغني» (٤/ ٥٩٦).

(٤) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٥١).

(٥) سقط من (ط الفكر).

أحدهما: الصحة؛ لأن الحاجة تدعو إليه، إذ ربما لا يثق المشتري بتسليم الثمن إلّا بعد الاستيثاق.

وأصحهما: المنع، لأن الضامن إنما يضمن ما يدخل في ضمان البائع ويلزمه ردُّه، وقبل القبض لم يتحقق ذلك.

وكما يصح ضمانِ العهدة للمشتري، يصح ضمان نقصان الصَّنجةِ[1] للبائع، بأن جاء المشتري بصنجةٍ ووزن بها الثمن فاتهمه البائع فيها فضمن[2] ضامن النقصان إن كانت ناقصةً. وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شك البائع في أن المؤدَّى هل هو من الضرب الذي يستحقه؟ فإذا خرج ناقصاً أو رديئاً طالب البائعُ الضامنَ بالنقصان وبالضرب المستحق إذا رد المقبوض على المشتري.

ولو اختلف البائع والمشتري في نقصان الصنجة، صُدّق البائع بيمينه. فإذا حلف طالب المشتري بالنقصان، ولا يطالب الضامن على أقيس الوجهين، لأن الأصل براءة ذمته، فلا يطالب إلّا إذا اعترف بالنقصان أو قامت بينةٌ عليه.

ولو اختلف البائعُ والضامِنُ في نقصانها، فالمصدَّق الضامن على أصح الوجهين. لأن الأصل براءة ذمته، بخلاف المشتري فإن ذمته كانت مشغولةً بحق البائع، والأصل[3] بقاء الشغل.

---

(١) صَنْجَة أو سَنْجةُ الميزان، معرب، والجمع سَنَجَات مثل سجدة وسجدات وسِنَجٌ مثل قَصْعَةٍ وقِصَع. وهي بالسين عند الفَرّاءِ وهو الأفصح، وبالصاد عند ابن السكيت فهما لغتان، «المصباح المنير»، مادة: سنج.

(٢) في (ز): (يضمن). قلت: ومعناه: أنه إذا ظهر الثمن ناقصاً فالكفيل ضامن للبائع نقصان الثمن.

(٣) في (ز): (فالأصل).

واعلم أن الأئمة صوروا ضمان نقصان الصنجة والرداءة في الثمن، كما أوردناه وقالوا[١]: هذا الضمان للبائع كضمان العهدة للمشتري، وحكى هذا صاحب[٢] الكتاب في «الوسيط»[٣].

وأما هاهنا فإنه قال: (وكذلك ضمان[٤] نقصان الصنجة ورداءة الجنس في المبيع)، فصور ضمان الرداءة في المبيع، وهذا[٥] يمكن فَرْضُه فيما إذا باع وشرط كونه من نوع كذا، فخرج المبيع من نوعٍ أردأ منه، ثبت للمشتري الخيارُ والرجوعُ بالثمن، وإذا[٦] ضمن ضامن كان له الرجوع على الضامن أيضاً.

وكذا نقصان الصنجة يمكن تصوير ضمانه في المبيع، بأن باع بشرط أنه كذا مَنّاً، فإنه إذا خرج دونه يبطل البيع على قولٍ، ويثبت للمشتري الخيار على قولٍ كما مرّ، فإذا ضمنه ضامنٌ رجع بالثمن عليه. وفي الصورتين يكون الضمانُ للمشتري كضمان العهدة.

ولو ضمن عهدة الثمن، إن خرج المبيع مَعيباً فرده، أو بانَ فساد البيع بسبب غير الاستحقاق، لتخلفِ[٧] شرطٍ معتَبرٍ في البيع أو اقترانِ شرطٍ فاسد؟ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح، أما في خروجِه مَعيباً فلأن وجوبَ رد الثمن على البائع هاهنا بسبب[٨] حادث، وهو الفسخ، فالضمان سابقٌ عليه فيكون ضمان ما لم يجب.

---

(١) في (ط الفكر): (قالوا).

(٢) في (ز) و(ظ): (للمشتري وعلى ذلك جرى صاحب).

(٣) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٢٣٧).

(٤) سقط من (ز).

(٥) في (ظ): (وهكذا).

(٦) في (ز): (فإذا).

(٧) في (ز) و(ظ): (كتخلف).

(٨) في (ز): (سببٌ).

وأما في ظهور الفساد بغير الاستحقاق؛ فلأن هذا الضمان إنما جُوّز للحاجة، وإنما تَظهر الحاجة في الاستحقاق، ولأن[1] التحرز[2] عند[3] ظهور الاستحقاق لا يمكن، والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن؛ لأن حبس المبيع إلى استرداد الثمن بسائر أسباب الفساد ممكن بخلاف حالة ظهور الاستحقاق[4].

والثاني: يصح، لأن الحاجة قد تمس إليه أيضاً في معاملةِ الغرماء، ومن لا يوثق بالظَفَرِ به، كما تمس إلى الضمان بسبب الاستحقاق.

وذكر في «التتمة»: أن المذهب هو الوجه الأول، لكن أصحابنا العراقيين أجابوا بالثاني، ورووه عن ابن سريج، ونفى صاحب «البيان» الخلاف فيه، فإن قلنا بالصحة، إذا ضمن ذلك صريحاً، فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب وجهين في اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة[5]، ونحن نجمع ما يطالب به ضامن[6] العهدة في فصل مخصوص[7] مُحْتَوَشٍ[8] بفصلين، ويضمن ثلاثتها بقية مسائل الباب.

فصل أول: من ألفاظ هذا الضمان أن تقول للمشتري: «ضمنت لك عهدتَه» أو: «دَرَكه» أو: «خلاصك منه[9]». ولو قال: «ضمنت لك خلاصك المبيع»؛ لم يصحّ؛

---

(١) سقطت الواو من (ز) و(ظ).

(٢) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (عن).

(٤) من قوله: (لأن حبس) إلى هنا سقط من (ط الفكر). وقدَّم في (ز) قوله: (بخلاف حالة ظهور الاستحقاق) على: (لأن حبس....) إلخ.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١١)، «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٢٣٧).

(٦) في (ز): (ضمان).

(٧) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٨) احْتَوَشَ القوم بالصيد: أحاطوا به. «المصباح المنير»، مادة: حوش.

(٩) في (ز): (بينه).

لأنه لم يستقلّ بتخليصه بعد ظهور الاستحقاق، ولو ضمن عهدة الثمن وخلاص المبيع معاً لم يصح ضمان الخلاص، وفي العهدة قولا تفريق الصفقة، ولو شرط في البيع كفيلاً بخلاص المبيع بطل، بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالثمن.

ويشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً للضامن، فإن لم يكن فهو كما لو لم يكن قدر الثمن معلوماً في المرابحة.

ويجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه لو خرج رأس المال مستحقاً[1] بعد تسليم المسلم فيه، وقبله لا يجوز في أصح الوجهين، ولا يجوز[2] ضمان رأس المال للمسلم، لو خرج المسلم فيه مستحقاً لأن المسلم فيه في الذمة، والاستحقاق لا يتصور فيه، وإنما يتصور في المقبوض، وحينئذ يطالب المسلم بمثله لا برأس المال.

فصل ثانٍ: إذا ظهر الاستحقاق فالمشتري يطالب مَنْ شاء من البائع والضامن. ولا فرق في الاستحقاق بين أن يخرج مغصوباً وبين أن يخرج شقصاً، قد ثبتت فيه الشفعة ببيعٍ سابق فأخذه الشفيع بذلك البيع[3].

ولو بان فساد البيع بشرطٍ أو غيره ففي مطالبة الضامن وجهان:

أحدهما: يطالب كما لو خرج مستحقاً.

والثاني: لا، للاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع إلى استرداد الثمن، لأن السابق إلى الفهم من ضمان العهدة هو الرجوع بسبب الاستحقاق، ولو خرج المبيع معيباً، فرده المشتري، ففي مطالبة الضامن بالثمن[4] وجهان:

---

(١) في (ز): (خرج الضمان مستحقاً).

(٢) في (ز): (لا يصح).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (المبيع).

(٤) سقط من (ز).

أحدهما: يطالب كما خرج مستحقاً.

والثاني: لا، للاستغناء عنه[١] وأولى بأن لا يطالب، وبه قال المزني وابن سريج، لأن الردَّ هاهنا سبب حادث وهو مختار فيه، فأشبه ما إذا فسخ بخيار شرطٍ أو مجلسٍ أو تقايلا، وهذا إذا كان العيب مقروناً بالعقد.

أما إذا حدث في يد البائع بعد العقد، ففي «التتمة» أنه لا يطالب الضامن بالثمن وجهاً واحداً، لأنه لم يكن سَبَبُ ردِّ الثمن مقروناً بالعقد ولم يوجد من البائع تفريطٌ فيه، وفي العيب الموجود عند البيع سبب الرد مقرون بالعقد[٢]، والبائع مفرط بالإخفاء فألحق[٣] بالاستحقاق على رأي[٤].

ولو تلف[٥] المبيع قبل القبض، وبعد قبض الثمن، وانفسخ العقد؛ فهل يطالب الضامن بالثمن؟

إن قلنا: إنه ينفسخ من أصله، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق، وإن قلنا: من حِينه، فكالرد[٦] بالعيب، ولو خرج بعض المبيع مستحقاً ففي صحة البيع في الباقي قولا تفريق الصفقة، إن قلنا: يصح، فأجاز[٧] المشتري.

---

(١) من قوله: (أحدهما) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٢) من قوله: (ولم يوجد) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (وما لحق).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٢٤٨): «قلت: أصح الوجهين الأولين: لا يطالب، ولو خرج المبيع معيباً وقد حدث عند المشتري عيب، ففي رجوعه بالأرش على الضامن الوجهان. والله أعلم».

(٥) قوله: (ولو تلف) أثبته من «الروضة».

(٦) في (ط الفكر): (كالرد).

(٧) في (ط الفكر): (فاختار).

وإن قلنا: يجيز[١] بجميع الثمن، لم يطالب الضامن بشيء، وإن قلنا: يجيز[٢] بالحصة[٣] طالبه بحصة المستحق من الثمن.

وإن فسخ طالب بحصة المستحق من الثمن[٤] ومطالبته بحصة الباقي من الثمن كمطالبته عند الفسخ بالعيب، وإن قلنا: لا يصح، ففي مطالبته بالثمن[٥] طريقان:

أحدهما: أنه كما لو بان فساد العقد[٦] بشرط ونحوه.

والثاني: القطع بتوجيه المطالبة لاستناد الفساد إلى الاستحقاق.

وهذا كله فيما إذا كانت صيغة الضمان شيئاً مما ذكرنا في الفصل الأول، أما إذا كان قد عيَّن جهة الاستحقاق فقال: «ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقاً» لم يطالب بجهة أخرى، وكذا لو عين جهة أخرى لا يطالب عند ظهور الاستحقاق[٧].

فصل ثالث: اشترى أرضاً وبنى فيها أو غرس ثم خرجت مستحقة، وقلع المستحق البناء والغراس فهل يجب أرش النقصان على البائع؟ وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً. فيه خلاف مذكور في الكتاب في آخر الغصب، والظاهر وجوبه. وهو الذي حكاه القاضي أبو القاسم الصيمري عن الشافعي في «علل الشروط».

---

(١) في (ط الفكر): (يختر).

(٢) في (ط الفكر): (يختر)، وفي (ظ) و(ز): (يجير).

(٣) أي بالقسط.

(٤) قوله: (بحصة المستحق من الثمن) سقط من (ظ).

(٥) سقط من (ز).

(٦) في (ظ): (البيع).

(٧) من قوله: (وكذا لو عيّن) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

وحكي عن أبي حنيفة[1]: إن كان البائع حاضراً، رجع المشتري بقيمة البناء والغراس عليه قائماً، ثم المستحق إن شاء أعطى البائع قيمته مقلوعاً، وإن شاء أمره بقلعه. وإن كان البائع غائباً قال المستحق للمشتري: «إن شئت أعطيتك قيمته مقلوعاً وإلّا فاقلعه»، فإن قلعه رجع المشتري بقيمته على البائع مقلوعاً، لأنه سلمه إليه مقلوعاً.

وإذا قلنا بوجوب الأرش على البائع، فلو ضمنه ضامن، نظِر: إن كان قبل ظهور الاستحقاق لم يصح، لأنه مجهول، ولأنه ضمان ما ليس بواجب، وإن كان بعد الاستحقاق وقبل القلع فكمثل.

وقال أبو حنيفة[2]: يصح في الصورتين.

وإن ضمنه بعد القلع وكان قدره معلوماً صح، وإن ضمن ضامنٌ عهدةَ الأرض[3]، وأرش نقص البناء والغراس[4] في عُهْدةٍ[5] واحدةٍ؛ لم يصح في الأرش، وفي العهدة قولا تفريق الصفقة. ولو كان البيع بشرط أن يعطيه كفيلاً[6] فهو كما لو شرط

---

(١) قال أبو حنيفة رحمه الله: «وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار، إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه. ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن، لأنه تبين أنه أخذه بغير حق، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس، لا على البائع إن أخذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه».
انظر: «الهداية» (٤/ ٣٥٨ - ٣٥٩).

(٢) وسبق قوله قبل قليل في الصورتين.

(٣) في (ظ): (الأرش).

(٤) في (ز): (وأرش الغراس والبناء).

(٥) في (ظ): (عقد)، وفي (ط الفكر): (عقدة).

(٦) في (ز): (كفيلًا بهما).

في البيع رهناً فاسداً. وذكر جماعة من الأصحاب أن ضمان نقص البناء والغراس كما لا يصح من غير البائع، لا يصح من البائع. وهذا إن أُريد به أنه لغوٌ كما لو ضمن العهدَة لوجوب الأرش عليه من غير إلزامٍ[١]، فهو مستمر[٢] على ظاهر المذهب، وإلّا فهو ذهاب منهم[٣] إلى أنه لا أرش عليه، والله أعلم.

قال:

(واحترَزنا باللَّازمِ عن نُجومِ الكتابة، فلا يَصحُّ ضمانُها. ويصحُّ (و) ضمانُ الثَّمنِ في مدّةِ الخيار، إذ مصيرُه إلى اللُّزوم. وفي ضمانِ الـجُعلِ في الجعالةِ وجهان).

الصفة الثانية: اللزوم في الديون: والديون الثابتة ضربان:

أحدهما: ما لا مَصيرَ له إلى اللزوم بحال، مثلَ[٤] نجومِ الكتابة، فلا يصح ضمانُها كما لا يصح الرهنُ بها، هذا هو المشهور، وفيه وجهٌ أنه يصح. وبه قال أبو حنيفة[٥]. وممَّ أُخِذ هذا الوجه؟ عن الشيخ أبي محمد أن ابن سريج خرّجه على ضمان ما لم يجب ووُجِدَ سبب وجوبه. وذكر القاضي ابن كج أنه مأخوذ من تجويز ضمان الجَعْل في الجِعالة على أحد الرأيين.

---

(١) في (ز): «التزام». (م ع).

(٢) أي جار.

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (منه).

(٤) في (ز) و(ظ): (وهو).

(٥) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ١٣٦): «ولا تجوز الكفالة بدَيْن غير صحيح كبدل الكتابة، لأنه في معرض الزوال فلا يكون ديناً صحيحاً».

ولو ضمن إنسانٌ عن المكاتب غير[١] نجوم الكتابة، نُظِر: إن ضمنه لأجنبي صَحَّ، وإذا غرم رجع على المكاتب إذا كان الضمان بإذنه، وإن ضمنه لسيده يبني[٢] ذلك على أن الدين[٣] هل يسقط بعجزه؟ وهو على وجهين، إن قلنا: نعم، لم يصح كضمان النجوم، وهو الأصح[٤].

والضرب الثاني: ما له مصير إلى اللزوم، فينظر، إن كان لازماً في حال الضمان صح ضمانُه، سواء كان مستقراً أو لم يكن، كالمهر قبل الدخول، والثمن قبل[٥] قبض المبيع، لحاجة التوثيق، ولا نظر إلى احتمال سقوطه، كما لا نظرَ إلى احتمال سقوط المستقر بالإبراء والرد بالعيب وما أشبههما.

وإن لم يكن لازماً حال الضمان، فهو على قسمين:

أحدهما: ما[٦] الأصلُ في وضعِهِ[٧] اللزومُ، كالثمن في مدة الخيار، ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: المنع، لأنه ليس بلازم.

وأصحهما ـ وقد قطع به بعضهم ـ[٨]: الجواز، لأنه ينتهي إلى اللزوم بنفسه عن قريب، فيحتاج فيه إلى التوثيق.

---

(١) في (ط الفكر): (عين).

(٢) في (ز): (فيبنى).

(٣) في (ظ): (يبني على أن ذلك الدين).

(٤) في (ط الفكر): (الضمان للنجوم في الأصح).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) سقطت (ما) من «الروضة» (٤/ ٢٥٠).

(٧) في (ظ): (صفة).

(٨) قوله: (وقد قطع به بعضهم) سقط من (ز).

ثم فيه نظران:

أحدهما: أن الخلاف على ما ذكره صاحب «التتمة» مفروضٌ فيما إذا كان الخيار للمشتري أوْ لهما؟ أما إذا كان للبائع وحدَه، صحَّ ضمانه بلا خلاف، لأن الدَّين لازمٌ في حق عليه.

والثاني: أشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان مفرَّعٌ على أن الخيار لا يمنع نَقْلَ الملك في الثمن إلى البائع، أما إذا منعه فهو ضمانُ ما لم يثبت بعد. وقد ذكر مثل هذا الاستدراك في الرهن[1] على ما مر[2].

والثاني: ما الأصلُ في وضعِهِ الجوازُ، كالجعل في الجعالة، فيه وجهان كما ذكرنا في صحة الرهن به، وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل وقبل تمامه على ما بينه ثَمَّ. وضمان[3] مال المسابقة يُبنى على أنها جعالة أو إجارة؟ إن كان إجارة صحّ، وإلاّ فهو كضمان الجعل. والله أعلم.

قال:

(واحترزنا بالمعلومِ عن ضمانِ المجهول، وهو باطلٌ (ح) على الجديد، وكذلكَ الإبراءُ (ح) عن المجهول. والصَّحيح: جوازُ ضمانِ إبلِ الدية، كما يجوزُ الإبراء عنها. ولو قال: ضَمِنتُ من واحدٍ إلى عشرة، فأشهرُ القولَين: الصِّحّة).

---

(١) في (ز) و(ظ): (الرهن به).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٧٣).

(٣) سقطت الواو من (ظ).

الصفة الثالثة: كونه معلوماً[1]، وفيها صور:

إحداها: في ضمان المجهول طريقان، كالطريقين المذكورين في ضمان ما لم يجب.

ووجه الجديد: أنه إثبات مال في الذمة بعقد، فأشبه البيع والإجارة، وإذا قلنا بالقديم ـ وبه قال أبو حنيفة[2] ومالك[3] ـ فالشرط أن تتأتى الإحاطة به بأن يقول: «أنا ضامن[4] لثمن ما بعت من فلان» وهو جاهل به، فإن معرفته متيسرة. أما إذا قال: «ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان»، فهو باطل لا محالة.

والقولان في صحة ضمان المجهول جاريان[5] في صحة الإبراء عن المجهول بطريق الأولى، لأن الضمان التزامٌ والإبراء إسقاطٌ. وذكروا للخلاف في الإبراء مأخذين:

أحدهما: الخلاف في صحة شرط البراءة من العيوب، فإن العيوب مجهولةُ الأنواعِ والأقدارِ.

والثاني: أن الإبراء محض إسقاط كالإعتاق أو هو تمليك للمديون ما في ذمته، ثم إذا ملكه سقط؟ وفيه رأيان، إن قلنا: إسقاطٌ، صحَّ الإبراء عن المجهول، وهو قول أبي حنيفة ومالك[6]، وإن[7] قلنا: تمليك، لم يصح، وهو ظاهر المذهب.

---

(١) في (ظ): (كونها).

(٢) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ١٣١): «إن الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحّة الكفالة كقوله: ما غصبك فلان فعَلَيَّ».

(٣) قال في «القوانين الفقهية» ص٢١٤: «ويجوز ضمان المعلوم اتفاقاً، والمجهول خلافاً للشافعي».

(٤) في (ظ): (الإحاطة بالقول أنا ضامن).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٣٥).

(٧) «القوانين الفقهية» (ص٢١٤).

وخرَّجوا على هذا الأصل مسائل:

منها: لو عرف المُبرئ قَدْر الدين ولم يعرفه[١] المبرأ عنه، وسنذكره[٢] في الوكالة، فإن في الكتاب تعرضاً له هناك.

ومنها: لو كان له دَيْنٌ على هذا ودَيْنٌ على هذا، فقال: «أبرأت أحدكما»، إن قلنا: إنه إسقاطٌ، صحَّ وأُخذ بالبيان، وإن قلنا: تمليكٌ، لم يصحَّ، كما لو كان في يد كل واحد منهما عبد فقال: «ملَّكت أحدهما[٣] العبد الذي في يده».

ومنها: لو كان لأبيه[٤] دَيْنٌ على إنسان فأبرأه وهو لا يعلم موت مورِّثه، إن قلنا: إنه إسقاطٌ صحَّ، كما لو قال لعبد أبيه[٥]: «أعتقتك»، وهو[٦] يعلم موت الأب، وإن قلنا: تمليك، فهو كما لو باع مال أبيه[٧] على ظن أنه حي وهو ميت.

ومنها: أنه لا يحتاج إلى القبول إن جعلناه إسقاطاً، وإن جعلناه تمليكاً فنص[٨] ابن سريج أنه لا بد من القبول. وظاهر المذهب: أنه لا حاجة إليه، لأنه وإن[٩] كان تمليكاً فالمقصود منه الإسقاط، وقد نص على هذا في كتاب الإيمان، فإن اعتبرنا القبول ارتد بالرد، وإن لم نعتبره ففي ارتداده بالرد وجهان[١٠].

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (لم يعرف).

(٢) وهو ما إذا قالوا: إسقاط، صح، وإلّا فيشترط علمه كالمتهب كما في «الروضة» (٤/ ٢٥٠).

(٣) في (ز) و(ظ): (أحدكما).

(٤) في (ز): (لابنه).

(٥) في (ز): (ابنه).

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (هو لا).

(٧) في (ز): (ابنه).

(٨) في (ز) و(ظ): (فعن).

(٩) في (ط الفكر): (إن).

(١٠) قال في «الروضة» (٤/ ٢٥١): «قلت: أصحهما: لا يرتد. والله أعلم».

وهذه المسائل مخرّجة على المآخذ المذكورة، أوردها صاحب «التـتمة» مع[1] أخواتٍ لها. واحتج للرأي الذاهب إلى كونه تمليكاً، بأنه قال للمديون: «ملكتك ما في ذمتك»، صحَّ وبرئتْ ذمته عن غير نية وقرينة، ولولا أنه تمليك لافتقر إلى نية أَوْ قرينة كما إذا قال لعبده: «ملكتك رقبتك» أو لزوجته: «ملكتك نفسك»؛ يحتاج إلى النية.

فرع:

لو جاء المغتاب إلى من اغتابه، فقال: «إني اغتبتك فاجعلْني في حِلٍ»، ففعل وهو لا يدري بما[2] اغتابه، فوجهان:

أحدهما: أنه يبرأ، لأن هذا إسقاط محض، فصار إذاً كما عرف أن عبداً قطع عضواً من عبده، ولم يعرف عين العضو المقطوع فعَفَا عن القصاص، يصح.

والثاني: لا، لأن الـمقصود حصول رضاه، والرضا بمجهـول لا يمكن، وتخالف مسألة القصاص؛ لأن العفو على القصاص مبنيٌّ على التغليب والسراية، وإسقاطُ المظَالِمِ غيرُ مبنيٍّ عليه[3].

الصورة الثانية: ضمان أروش الجنايات صحيح إن كانت دراهم أو دنانير، و[4] في ضمان إبل الدية إذا لم نجوِّز ضمانَ المجهول وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: المنع؛ لأنها مجهولةُ الصفةِ واللونِ.

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) في (ظ): (ثم).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٢٥١): «قلت: أصحهما:....» وسقطت عبارته.

(٤) سقطت الواو من (ظ).

والثاني: أنه صحيح؛ لأنها معلومة السن والعدد، والرجوعُ في اللون والصفة إلى غالب إبل البلد، ولأن الضمان تلو الإبراء، والإبراء عنها صحيح، فكذا الضمان، وهذا الأظهر، ومنهم من قطع به.

ثم إذا كان الضمان بحيث يقتضي الرجوع فيرجع بالحيوان أو بالقيمة؟ قال الإمام: لا يمتنع أن يجري فيه الخلاف المذكور في إقراض الحيوان، ولا يجوز ضمانُ الدية[١] على العاقلة قبل تمام السنة، لأنها غير ثابتة بعد.

الثالثة: إذا منعنا ضمان المجهول، فلو قال: «ضمنت مما لك على فلان من درهم إلى عشرة»؛ ففيه قولان على ما رواه الغزالي[٢] والصيدلاني، ووجهان على ما رواه الإمام وآخرون:

أحدهما: أنه لا يصح؛ لما فيه من الجهالة.

وأظهرهما: الصحة؛ لأن المنع من ضمان المجهول لما فيه من الغرر، إذا ثبتت الغاية الملتزمة فقد وطَّن نفسه عليها وانتفى الغرر[٣].

وإذا قلنا بالصحة، وكان له عليه عشرةٌ أو أكثر؛ فيلزمه عشرةٌ إدخالاً للطرفين في الملتزم، أو ثمانية إخراجاً لهما، أو تسعة إدخالاً للطرف الأول؛ لأنه مبدأ الالتزام؟ فيه ثلاثة أوجه سيعود مثلها في الإقرار.

قال في «التهذيب»: والأصح[٤] الأول[٥].

---

(١) في (ز): (إبل الدية).

(٢) في (ز) و(ظ): (صاحب الكتاب).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٠).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٢٥٢): «قلت: الأصح: تسعة. وسنوضحه في الإقرار إن شاء الله تعالى. والله أعلم».

(٥) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٧٨).

ولو قال: «ضمنت لك ما بين درهم وعشرة»؛ فإن عرف أن دينه ثمانية و[1] لا ينقص عن عشرة صح، وكان ضامناً لثمانية، وإن لم يعرف ففي صحته في الثمانية قولان أو الوجهان.

ولو قال: «ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان» وهو لا يعرف مبلغها، فهل يصح في ثلاثةٍ لدخولها في اللفظ على كل حال؟ فيه وجهان، كما لو قال: «آجرتك كل شهر بدرهم»، هل يصح في الشهر الأول؟ وهذه المسائل بعينها جارية في الإبراء.

فإذا عرفت ما ذكرنا، لم يَخْفَ عليك أن قوله في أول الركن: (ثابتاً لازماً معلوماً)، ينظم إعلام ثلاثتها بالحاء والميم والواو. وأنه يدخل في الضبط المذكور في[2] الزكاة، فيجوز ضمانها عمن هي عليه.

وفي «تجربة» الروياني ذكر وجه آخر: أنه لا يجوز، لأنها حق الله تعالى، فأشبه الكفالة ببدن الشاهد لأداء الشهادة. وعلى الصحيح هل يعتبر الإذن عند الأداء؟ فيه وجهان. أظهرهما: الاعتبار.

ويجوز ضمان المنافع الثابتة في الذمم كالأموال. والله أعلم.



(١) قوله: (ثمانية و) سقط من (ط الفكر) و(ز).
(٢) سقط: (في) من (ز) و(ظ).

قال:

(وتَصحُّ كفالةُ البـدن[١] (و) عن كـلِّ من وجبَ عليه الـحُـضورُ بمجلسِ الحكمِ من زوجةٍ (و) أو عبدٍ (و) آبقٍ، أو من عليه عقوبةٌ لآدميٍّ (أ) على الأظهَر؛ لأنه حقٌّ كالدَّين، فلا يشترط كونه مالاً. وكذلك ضمانُ عينِ المغصوبِ (و) والمبيع، وكلُّ ما يجبُ مؤونةُ تسليمه؛ دونَ الوديعةِ والأمانات. وتصحُّ كفالةُ البَدنِ ممن[٢] ادَّعى عليه، وإن لم تَقُم عليه البيِّنةُ بالدَّين؛ إذ الحضورُ مُستحقٌّ عليه، ومعناها إلزامُ إحضارِه[٣]. وتصحُّ الكفالةُ ببَدنِ الميِّت؛ إذ قد يَستحِقُّ إحضارَه لأداءِ الشّهادةِ على صورتِه).

الكلام في هذا الموضع إلى آخر الركن في كفالة البدن، وتسمى: (كفالة الوجه) أيضاً. وإنما أوردها في هذا الوضع لاستغنائها عن المضمون[٤]، فإن الشيء المضمون قد يكون حقاً على الشخص، وقد يكون نفس الشخص، ولفظ الكتاب في[٥] أول الباب عند ذكر الأركان في بعض النسخ: (وهي ستة)، على عدد[٦] كفالة البدن ركناً برأسها. وكذلك أورد[٧] في «الوسيط»: ركن[٨] الصيغة هو الركن السادس، وفي بعض النسخ: (وهي خمسة وركن الصيغة هو الركن الخامس)، وهذا أحسن.

---

(١) هو كفالة بدن من يستحق حضوره مجلس الحكم لحق لله ماليٍّ، أو لحق آدمي بإذنه.

(٢) في (ز): (الكفالة ببدن من).

(٣) في (ز): (الإحضار).

(٤) في (ز) و(ظ): (المضمون به).

(٥) في (ز): (عند).

(٦) في (ز): (عده).

(٧) في (ز): (أورده).

(٨) في (ز): (وركن).

وفقه الفصل: أن الشافعي رضي الله عنه نص في أكثر المواضع على أن كفالة البدن صحيحة، وبه قال أبو حنيفة[١] ومالك[٢] وأحمد[٣] رحمهم الله، وذكر في الدعوى والبيانات أن كفالة البدن ضعيفةٌ.

وللأصحاب طريقتان:

أشهرهما ـ وبها قال المزني وأبو إسحاق ـ: أن فيها قولين:

أصحهما: الصحة، لإطباق الناس عليها في الأعصار، ومساس الحاجة إليها.

الثاني: المنع، لأنها ضمان ما لا يدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه.

والثانية: القطع بالصحة، وحمل ما ذكره في الدعاوى على ضعفها من جهة القياس.

ويتفرَّع على القول بصحتها مسائل وتفريعات، يشتمل الفصل منها على مسألتين:

إحداهما: في من يتكفل ببدنه: وتجوز الكفالة ببدن من عليه مال، ولا يشترط العلم بمبلغ ذلك المال، لأن الكفالة بالبدن لا بالمال. وفيه وجه: أنه يشترط، بناءً على أنه لو مات غرم الكفيل[٤] ما عليه، ويشترط أن يكون ذلك المال بحيث لو ضمنه لصح، حتى لو تكفل إنسان ببدن المكاتب للنجوم التي عليه لم يصح، لأنه لو ضمن النجوم لم يصح، فالكفالة بالبدن للنجوم أولى أن لا تصح[٥]، كذا ذكره العراقيون وغيرهم.

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٢٤).

(٢) «المعونة» (٢/ ١٢٣٠).

(٣) «المغني» (٤/ ٦١٤).

(٤) في (ظ): (للكفيل).

(٥) سقط: (لا) من (ط الفكر).

أمّا إذا كان عليه عقوبة، فينظر: إن كانت من حقوق الآدميين كالقصاص وحد القذف؛ فقد نص في اللعان أنه لا يضمن[١] رجل في حَدٍّ ولا لعان.

وعن نقل المزني في «الجامع الكبير» أنه قال: تجوز الكفالة بمن عليه حقٌّ أو حدٌّ.

واختلف الأصحاب فيه على طرق:

أظهرها ـ ويحكى عن ابن سريج ـ: أنه على قولين:

أحدهما: الجواز، لأنه حق لازم، فأشبه المال. ولأن الحضور مستحقٌّ عليه فجاز التزام إحضاره.

والثاني: المنع، لأن العقوبات مبنيةٌ على الدفع، فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسعها. وعن الشيخ أبي حامد بناءُ القولين على أنه إذا مات المكفول ببدنه هل يغرم الكفيل ما عليه من الدين؟ إن قلنا: نعم، لم تصح الكفالة هاهنا، لأنه لم يمكن[٢] مؤاخذته بما عليه. وإن قلنا: لا، صحت، كما لو تكفل ببدن من عليه مال، وقضية هذا البناء أن يكون قول التصحيح أظهر، وهو اختيار القفال وصاحب الكتاب، وادعى القاضي الروياني أن المذهب المنع.

والطريق الثاني: القطع بالجواز، وحمل ما ذكره في اللعان على الكفالة بنفس الحد.

والثالث: القطع بالمنع، لأنه لا تجوز الكفالة بما عليه، فلا تجوز الكفالة[٣] ببدنه، رواه القاضي الروياني[٤] في اللعان.

---

(١) في (ز) و(ظ): (لا يكفل).

(٢) في (ز) و(ظ): (لا يمكن).

(٣) سقط من (ز).

(٤) في (ظ): (المرزباني).

وإن كانت العقوبة من حدود الله تعالى؛ فالمشهور أنه لا تَصح الكفالة ببدنه، لأنها للتوثيق، وحدود الله تعالى يسعى في دفعها ما أمكن، وعن أبي الطيب بن سلمة وابن خيران طرد القولين فيه. والخلاف في هذا الباب شبيهٌ بالخلاف في ثبوت العقوبات بالشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي، هذا حكم من عليه مال أو عقوبة.

وضبط الإمام والمصنف من يكفل ببدنه، بما يدخل فيه هذان وغيرهما، وقالا[١]: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه[٢]، وكل[٣] من يلزمه حضور[٤] مجلس الحكم عند الاستعداء[٥] أو يستحق إحضاره، تجوز الكفالة ببدنه.

ويخرج[٦] على هذا الضبط[٧] صور:

منها: الكفالة ببدن امرأة يدعي رجلٌ زَوْجِيَّتَها؛ صحيحةٌ، لأن الحضور مستحق عليها، وكذلك الكفالة بها لمن ثبتت زوجيته. قال[٨] في «التتمة»: الظاهر أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من عليه القصاص، لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة.

ومنها: لو تكفل ببدن عبدٍ آبق لمالكه؛ عن ابن سريج: أنه يصح ويلزمه السعي في رده، ويجيء فيه مثلُ ما حكيناه في الزوجة.

---

(١) في (ط الفكر): (فقال).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٦).
(٣) في (ط الفكر): (وبكل)، وفي (ظ): (فكل).
(٤) في (ط الفكر): (حضوره).
(٥) الاستعداء: هو طَلَبُ التَقْوِيةِ والنُّصرة. «المصباح المنير»، مادة: عدى.
(٦) في (ز): (ويتخرج).
(٧) أي الضابط.
(٨) في (ط الفكر) و(ظ): (وقال).

وإن كانت العقوبة من حدود الله تعالى؛ فالمشهور أنه لا تَصح الكفالة ببدنه، لأنها للتوثيق، وحدود الله تعالى يسعى في دفعها ما أمكن، وعن أبي الطيب بن سلمة وابن خيران طرد القولين فيه. والخلاف في هذا الباب شبيهٌ بالخلاف في ثبوت العقوبات بالشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي، هذا حكم من عليه مال أو عقوبة.

وضبط الإمام والمصنف من يكفل ببدنه، بما يدخل فيه هذان وغيرهما، وقالا[١]: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه[٢]، وكل[٣] من يلزمه حضور[٤] مجلس الحكم عند الاستعداء[٥] أو يستحق إحضاره، تجوز الكفالة ببدنه.

ويخرج[٦] على هذا الضبط[٧] صور:

منها: الكفالة ببدن امرأة يدعي رجلٌ زَوْجِيَّتَها؛ صحيحةٌ، لأن الحضور مستحق عليها، وكذلك الكفالة بها لمن ثبتت زوجيته. قال[٨] في «التتمة»: الظاهر أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من عليه القصاص، لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة.

ومنها: لو تكفل ببدن عبدٍ آبق لمالكه؛ عن ابن سريج: أنه يصح ويلزمه السعي في رده، ويجيء فيه مثلُ ما حكيناه في الزوجة.

---

(١) في (ط الفكر): (فقال).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٦).

(٣) في (ط الفكر): (وبكل)، وفي (ظ): (فكل).

(٤) في (ط الفكر): (حضوره).

(٥) الاستعداء: هو طَلَبُ التَقْوِيةِ والنُّصرة. «المصباح المنير»، مادة: عدى.

(٦) في (ز): (ويتخرج).

(٧) أي الضابط.

(٨) في (ط الفكر) و(ظ): (وقال).

ومنها: الـميت، قد يستحق إحضاره ليقيم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك، ولم يعرفوا اسمه ونسبه، وإذا كان كذلك فتصح الكفالة ببدنه. ولو تكفل ببدن حي فمات فسيأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: الصبي والمجنون، قد يستحق إحضارهما لإقامة الشهادة على صورتهما في الإتلافات وغيرها، فتجوز الكفالة[١] بهما[٢]، ثم إن كفل بإذن وليهما؛ فله مطالبة الولي بإحضارهما عند الحاجة، وإن تكفل بغير إذنه فهو كالكفالة ببدن العاقل البالغ بغير إذنه.

ومنها: قال الإمام: لو تكفل رجل ببغداد ببدن رجل بالبصرة؛ فالكفالة باطلة، لأن مَنْ بالبصرة[٣] لا يلزمه الحضور ببغداد في الخصومات[٤]، والكفيل فرع المكفول ببدنه، فإذا لم يجب عليه الحضور لا يمكن إيجابُ الإحضار على الكفيل.

واعلم أن الحق الذي تجوز بسَبَبه الكفالةُ، إن ثبت على المكفول ببدنه بإقرار أو بينةٍ فذاك، وإن لم يثبت لكنه ادَّعى عليه فلم ينكر وسكت؛ صحت الكفالة أيضاً، وأن أنكر فوجهان:

أحدهما: أنها لا تصح، لأن الأصل أن لا حق عليه وقد تأيد ذلك بصريح إنكاره، والكفالة ببدن مَنْ لا حَقَّ عليه باطلة.

وأصحهما: الجواز، لأن الحضور مستحق عليه، فجاز التزام إحضاره، ومعظم الكفالات في الخصومات إنما يتفق قبل ثبوت الحقوق.

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (بها).

(٣) سقطت الباء من (ظ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٧).

وتجوز الكفالة ببدن الغائب والمحبوس، وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يجوز للمعسر ضمان المال، وقال أبو حنيفة[١]: لا يجوز.

ويجب أن يكون المكفول ببدنه معيناً، فلو قال: «كفلت ببدن[٢] أحد هذين»؛ لم يصح، كما لو ضمن أحد الدَّينَيْنِ.

المسألة الثانية: في ضمان الأعيان، إذا ضمن عيناً لمالكها وهي في يد غيره ؛ نظر: إن كانت مضمونةً عليه كالمغصوب والمستعار والمستام والأمانات إذا خان فيها، فله تصويران:

أحدهما: أن يضمن ردَّ أعيانها، والمشهور[٣] تخريجه على قولَيْ كفالة الأبدان، ومنهم من قطع بالجواز مع إثبات الخلاف في كفالة الأبدان، والفرق: أن حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال؛ فالتزام المقصود أولى بالصحة من التزام الذريعة.

وإن[٤] جوَّزنا ـ وبه قال أبو حنيفة[٥] وأحمد[٦] ـ فرَدَّها، بَرِئَ من الضمان.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٦/ ٦).

(٢) في (ط الفكر): (فلو كفل ببدن)، وفي (ز): (فلو قال: تكفلت ببدن).

(٣) في (ظ): (فالمضمون).

(٤) في (ز): (فإن).

(٥) لا تصح الكفالة بالعين التي هي أمانة كالودائع ومال الشركات والعارية، وأما العين المضمونة فنوعان:

الأول: مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد فتصح الكفالة به.

والثاني: مضمون بغيره كالبيع قبل القبض، ولا تصح الكفالة به عند الحنفية.

انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٧).

(٦) قال في «المغني» (٤/ ٥٩٥): «ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية».

وإن تلفت وتعذَّر ردُّها فهل عليه قيمتها؟ فيه وجهان كالوجهين في وجوب الغرم على الكفيل إذا مات المكفول ببدنه، فإن أوجبنا فيجب في المغصوب أقصى[١] القيم أو قيمته يوم التلف، لأن الكفيل لم يكن متعدياً؟ حكى الإمام فيه وجهين[٢].

ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد بيد البائع، جرى الخلاف في الضمان، فإن صححناه وتلف انفسخ البيع، فإن لم يُوَف[٣] المشتري الثمن لم يطالب الضامن بشيء، وإن كان قد وفّاه[٤] عاد الوجهان في أن الضامن هل يغرم؟ فإن غرمناه فيغرم الثمن، أو أقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع؟ فيه وجهان، أظهرهما: أولهما.

والتصوير الثاني: أن يضمن قيمتها لو تلفت. قال في «التهذيب»: يُبنى ذلك على أن المكفول ببدنه إذا مات هل يغرم الكفيل الدين؟ إن قلنا: نعم، صحّ ضمان القيمة لو تلفت العين، وإلّا لم يصح، وهو الأصح[٥]. وأيضاً فإن القيمة قبل تلف العين ليست بواجبةٍ، فيكون ضمان ما لم يجب. وإن لم تكن العين مضمونة[٦] على صاحب اليد كالوديعة ومال الشركة والمال في يد الوكيل والوصي؛ لم يصحّ ضمانها؛ لأنها غير مضمونة العين[٧] ولا مضمونة الرد، وإنما الذي يجب على الأمين مجردُ التخلية.

ولو تكفل ببدن العبد الجاني جناية توجب المال، فهو كما لو ضمن عيناً من الأعيان، ومنهم من جزم بالمنع، والفرق أن العين المضمونة مستحقة، ونفس العبد ليست بمستحقة، وإنما المقصود تحصيل الأرش من بدله، وبدلُه مجهولٌ.

---

(١) أي أكثر.

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢٥٥): «قلت: الثاني أقوى. والله أعلم».

(٣) في (ظ): (لم يوفر).

(٤) أي دفعه. في (ز) و(ظ): (وفره).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٧٨).

(٦) في (ط الفكر): (تكن مضمونَة العَين).

(٧) في (ط الفكر): (غير العين مضمونة).

ولو باع شيئاً بثَوْبٍ[١] أو دراهم معينةٍ فضمن ضامنٌ عهدةَ المبيع حتى إذا خرج مستحقاً رَدَّ عليه الثمن وهو قائم في يد البائع، فهذا من صور ضمان الأعيان، وإن تلف في يد البائع فضمن قيمته، فهو كما لو كان الثمن في الذمة وضمن العهدة.

ولو رهن ثوباً من إنسان ولم يُقْبِضْهُ، فضمن رجل تسليمه لم يصح؛ لأن ضمانَه ضمان ما ليس بلازم.

أما لفظ الكتاب فقد وقع في ترتيبه[٢] بعض التغير، لا عن غفلة، لكنه كان أليق بالشرح[٣]، وقوله: (وتصح كفالة الأبدان)، معلم بالواو. وقوله: (عن كل من وجب عليه حضور مجلس الحكم)، هو الضبط[٤] الذي ذكره الإمام. وقوله: (على الأظهر)، أي في من عليه عقوبة لآدمي، ولم يقصد صرف الخلاف إلى الزوجة والعبد الآبق على ما هو واضح في «الوسيط» كما[٥] أسلفنا فيهما ما يقتضي الخلاف، فيجوز إعلام: (الزوجة والعبد)، بالواو. وقوله: (مَنْ عليه عقوبة لآدمي)، يصح إعلامه بالألف، لأن أحمد[٦] لا يجوِّز الكفالة ببدنه. وقوله: (لا يشترط كونه مالًا)، ليس مسألة أخرى، بل هو تتمة وإيضاح لما سبق. وقوله كذلك: (وكذا ضمان[٧] عين المغصوب)، معلم بالواو، والله أعلم.

---

(١) في (ط الفكر): (باع ثوباً بشيءٍ).

(٢) في (ز): (بعضه).

(٣) في (ط الفكر): (لكنه اكتفى بالشرح).

(٤) في (ز): (الضابط).

(٥) في (ز) و(ظ): (لكنا).

(٦) قال في «المغني» (٤/ ٦١٦): «ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد. سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنى والسرقة، أو لآدمي كحد القذف والقصاص، وهذا قول أكثر أهل العلم».

(٧) سقط من (ز).

قال:

(ويخرجُ الكفيلُ عن العُهدةِ بتسليمِه[1] في المكانِ الذي شرَطه[2]، أراده المستحقُّ أو أباه، إلّا أن يكونَ دونه يدٌ غالبة مانعة؛ فلا يكونُ تسليماً. ويلزمُه اتِّباعُه في غيبتِه (و) إن عَرفَ مكانَه. فإن ماتَ أو هربَ أو اختفى؛ فالصَّحيحُ أنه لا يلزمُه شيء. (م) وقيل: يلزمُه الدَّين (ح) إن قامت به البنية. فإن قلنا: لا يلزمه شيء سوى الإحضار فلا تجوز (و) الكفالة دون رضا المكفول ببدنه. وتجوز الكفالة ببدن الكفيل كما يجوز ضمان الضامن. فإذا مات المكفول له انتقل الحق إلى ورثته على الأظهر. ومهما حضر بنفسه برئ الكفيل كما لو أدى الأصيل الدين).

في الفصل مسائلُ مفرّعةٌ على صحة الكفالة، بعضها مصرح به وبعضها مشار إليه.

الأولى: إن عَيَّنَ[3] في الكفالة مكاناً للتسليم تعين، وإن أطلق ففي «التتمة» أنه كما لو أطلق[4] السلم، ولم يعين مكان التسليم. وقال الإمام وغيره: يحمل على مكان الكفالة، ولا يجيء فيه ذلك الخلاف[5]، وسواء جاء الخلاف أم لا، فالظاهر جوازه وحمله على ذلك المكان، فلو أتى الكفيل بالمكفول به في غير المكان المستحق جاز قبوله، وله أن يمتنع إن كان له فيه غرض، بأن كان قد عين مجلس الحكم أو بقعةً يجد فيها من

---

(١) وبهذه الكلمة تنتهي نسخة (هـ) الموجودة في مركز البحث العلمي في (٢٢٧)، الورقة، وكان أولها يبدأ بكتاب السلم، وسبق وصفها في المقدمة.

(٢) في (ط الفكر): (شرط).

(٣) قوله: (إن عيَّن) سقط من (ز).

(٤) في (ظ): (أطلق له).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٨).

يعينه على خصمه، فسلمه الكفيل في مكان آخر، وإن لم يختلف الغرض فالظاهر أنه يلزمه قبولُه، فإن امتنع رَفَعَه إلى الحاكم ليستلم عنه، فإن لم يكن حاكمٌ أشهد عليه[١] شاهدين أنه سلمه إليه.

الثانية: يخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه في المكان الذي وجب فيه التسليم، طلبه المستحق أو لم يطلبه، بل أباه، بشرط أن لا يكون هناك حائلٌ كيَدِ سلطان أو متغلِّب وحبس بغير حق لينتفع بتسليمه ويطالب الخصم بالحق، وحبس[٢] الحاكم بالحق لا يمنع صحة التسليم؛ لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق، ولو حضر المكفول[٣] به وقال: «سلمت نفسي إليك عن جهة الكفيل» برئ الكفيل كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين، ولو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل، لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد[٤] من جهته، حتى قال القاضي حسين: لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادَّعى عليه لم يبرأ الكفيل، وكذا لو سلمه أجنبي لا عن جهة الكفيل، ولو سلمه عن جهة الكفيل[٥] فإن كان بإذنه فهو كما لو سلمه بنفسه، وإن كان بغير إذنه فليس[٦] على المكفول له القبول، لكن لو قبل برئ الكفيل.

ولو كفل برجل لرجلين[٧] فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ عن حق الآخر، كما لو ضمن لشخصين دينين، فأدَّى دَيْن أحدهما.

---

(١) سقط من (ز) و(ظ).

(٢) من قوله: (بغير حق) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٣) في (ط الفكر): (المقر له).

(٤) في (ز): (ولا أخذ)، وفي (ط الفكر): (أحداً).

(٥) من قوله: (ولو سلمه) إلى هنا سقط من (ز).

(٦) في (ز): (فعلى).

(٧) في (ز): (كفل رجل رجلين).

ولو كفل رجلان برجل[١] فجاء به أحدُهما وسلمه إلى المكفول له؛ نقل صاحب «التهذيب»: أنهما إن كفلا على الترتيب، وقع تسليمه عن المسلِّم دون صاحبه، سواء قال: «سلَّمت عن صاحبي» أو لم يقل، وإن كفلا معاً فوجهان:

قال المزني: يبرأ صاحبه كما يبرأ المسلم، أما[٢] إذا أدَّى أحد الضامنين الدين[٣] يبرآن جميعاً.

وقال ابن سريج والأكثرون: لا يبرآن، كما لو كان بالدين رهنان فانفك أحدهما، لا يبرأ[٤] الآخر. ويخالف أداء أحدهما الدين فإنه يوجب براءة الأصيل، وإذا برئ الأصيل برئ كل ضامن.

وإن كانت المسألة بحالها، وكفل كل واحد من الكفيلين ببدن صاحبه ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه؛ فعلى ما ذكره المزني يبرأ كل واحد منهما عن كفالة صاحبه، وكفالة الذي كفلا به. وعلى ما ذكره ابن سريج[٥] يبرأ صاحبه[٦] عن كفالته، دون كفالة[٧] الذي كفلا به.

وكما[٨] يخرج الكفيل عن العهدة بالتسليم، يبرأ أيضاً بإبراء المكفول له المكفول به،

---

(١) في (ط الفكر): (لرجل).
(٢) في (ظ): (يبرأ المسلم كما) وسقطت لفظة (أما) من (ز).
(٣) سقط من (ز)، وفي (ظ): (اللذين).
(٤) في (ط الفكر) و(ز): (لا ينفك).
(٥) قوله: (وعلى ما ذكره ابن سريج) سقط من (ظ).
(٦) في (ط الفكر) و(ز): (المسلم).
(٧) في (ز): (عن الكفالتين ويبرأ صاحبه عن كفالته دون كفالة)، وفي (ط الفكر): (عن كفالة صاحبه وكفالة).
(٨) في (ط الفكر): (وَلِمَا).

ولو قال[1] المكفول له: «لا حق لي قِبَل المكفول به أو عليه»؛ فوجهان عن ابن سريج:

أحدهما: أنه يبرأ الأصيلُ والكفيلُ.

والثاني: أنه يراجع، فإن فُسِّر بنفي الدين فذاك، وإن فُسِّر بنفي الشركة والوديعة ونحوهما قبل قوله، فإن كذباه حلف.

الثالثة: إذا غاب المكفول ببدنه؛ نُظر: إن غاب غيبة منقطعة، والمراد منها أن لا يُعْرَف موضعُه وينقطع خبره، فلا يكلف الكفيل بإحضاره لعدم الإمكان. وإن عُرِف موضعه، فإن كان دون مسافة القصر فعليه إحضاره، لكنه يمهل مدة الذهاب والإياب ليتبعه. فإن مضت المدة ولم يحضره، حُبس حينئذٍ، وإن كان على مسافة القصر فوجهان:

أظهرهما: أنه كما لو كان دون مسافة القصر، وكما لو كان مال المديون غائباً إلى هذه المسافة يؤمر بإحضاره.

الثاني: أنه لا يطالب به، إلحاقاً لهذه الغيبة بالغيبة المنقطعة، كما أنه لو غاب الولي أو شاهد الأصل إلى مسافة القصر يكون كما لو غاب[2] غيبة منقطعة. ولو كان غائباً حين كفل، فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة. وما حكيناه عن الإمام في كفالة مَنْ بالبصرة، كأنه[3] جواب على أنه لا يلزم الإحضار؛ لأن الكفالة حينئذ لا فائدة فيها، فتبطل[4].

---

(١) في (ظ): (المكفول له كما يخرج الضامن عن العهدة بإبراء المضمون له وكذا يبرأ بإبراء المكفول له للمكفول به ولو قال).

(٢) من قوله: (الولي أو) سقط من (ط الفكر).

(٣) سقط من (ط الفكر)، وفي (ظ): (و).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٧).

ولو مات المكفول به، ففي انقطاع طلب الإحضار عن الكفيل وجهان:

أصحهما: أنه لا ينقطع، بل عليه إحضاره ما لم يُدفن إذا أراد المكفول له[(١)] إقامة الشهادة[(٢)] على صورته، كما لو تكفَّل ابتداءً ببدن الميت.

والثاني: ينقطع، حملاً للإحضار الملتزم على حال الحياة، فإنه الذي يخطر بالبال غالباً.

وهل يطالب الكفيل بمالٍ؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، وبه قال أبو حنيفة[(٣)]؛ لأنه لم يلتزمه، وهذا كما لو ضمن ضامن المسلم فيه فانقطع؛ لا يطالب بردِّ رأس المال.

والثاني ـ وبه قال ابن سريج، ويُحكى عن مالك[(٤)] ـ: أنه يطالب، لأن الكفالة وثيقةٌ فيستوفي الحق منها إذا تعذر تحصيله ممن عليه كالرهن. وعلى هذا؛ فالمطالبة بالدين أو بالأقل من الدين، ودية المكفول به؟ فيه وجهان بناءً على القولين في أن السيد يفدي العبد الجاني بالأرش أو بالأقل من[(٥)] الأرش وقيمة العبد[(٦)]؟

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) أي البينة.

(٣) الكفيل بالنفس يخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء عند الحنفية: الأول: بتسليم النفس إلى الطالب. والثاني: بالإبراء. والثالث: بموت المكفول بنفسه، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل، وهذا اختصار ما في «بدائع الصنائع» (٦/ ١٢ - ١٣).

(٤) ضمان الوجه عند مالك قسمان، ويطابق نقل الرافعي القسم الثاني، وهو أن يضمن إحضاره ولا يشترط ذلك. فإن أحضره برئ. وإن لم يحضره غرم المال. وإن مات غرمه ورثـته من تركته إلّا أن يحضروا المضمون. كذا قاله في «القوانين الفقهية» ص٢١٤.

(٥) من قوله: (الدين، ودية) إلى هنا من (ط الفكر).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٢٥٨ - ٢٥٩): «قلت: المختار ـ أي من الوجهين ـ: المطالبة بالدين. فإن الدية =

وإن هرب المكفول به إلى حيث لا يُعلم أم توارى، فالخلاف في مطالبة الكفيل بالمال مرتَّبٌ على حال الموت. وأولى بأن لا يطالب، إذا[1] لم يحصل اليأس عن إحضاره.

ولو تكفل ببدن رجل، وشرط عليه[2] أنه إذا عجز عن تسليمه غرم الدين، فإن قلنا: إنه يغرم عند الإطلاق، فلا بأس، وإلّا بطلت الكفالة.

الرابعة: ظاهر المذهب أن الكفالة بغير رضا المكفول به لا تصح، ومنهم من قال: تصح، والخلاف مبنيٌّ على أن الكفيل، هل يغرم عند العجز؟

إن قلنا: لا، لم تصح، لأنه إذا تكفل بغير إذنه لا يمكنه إحضاره، إذ لا يلزمه الإجابة فلا تفضي الكفالة إلى مقصودها، وإن قلنا: نعم، صحت ويغرم المال عند العجز، فتظهر فائدة الكفالة.

وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه: أنها تصح.

وإن قلنا: إنه لا يغرم عند العجز، وسنبين مأخذه إن شاء الله تعالى في التفريع.

وتصح الكفالة من غير رضا المكفول له، ويجري فيه الوجه المذكور في اعتبار رضا المضمون له في ضمان المال. كذا قال الإمام[3].

= غير مستحقة، بخلاف قيمة العبد. قال صاحب «الحاوي»: ولو مات الكفيل فعلى مذهب الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم بطلت الكفالة ولا شيء في تركته. وعلى قول ابن سريج ينبغي أن لا تبطل، لأنها عنده قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة، لكن لم أر له فيه نصاً. ولو مات المكفول له بقي الحق لوارثه. فإن كان له غرماء وورثته وأوصى إلى زيد بإخراج ثلثه، لم يبرأ الكفيل إلّا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي، فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم، دون الوصي، ففي براءته وجهان. حكاهما ابن سريج. والله أعلم».

(١) في (ز): (إذ).

(٢) سقط من (ز) و(ظ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٨).

إذا تقرر ذلك؛ فإن كفل برضا[١] المكفول به وأراد الكفيل[٢] إحضاره إما بطلب المضمون له أو ابتداءً، ليخرج نفسه عن العهدة فعليه الإجابة، ومؤونة الإحضار على الكفيل. وإن كفل بغير إذنه وصححنا فطالبه المكفول[٣] له، نظِر: إن قال: «أحضر خصمي» فللكفيل مطالبته بالحضور وعليه الإجابة، لا بسبب الكفالة ولكن لأنه قد وكله بإحضاره. وإن لم يقل ذلك ولكن قال: «اخرج عن حقي»، فهل له مطالبته المكفول به؟ فيه وجهان عن ابن سريج:

أحدهما: لا، كما لو ضمن بغير إذنه مالاً وطالب المضمون له الضامن، فإنه لا يطالب الأصيل[٤]، وذُكر على هذا أنه يُحبس، واستبعده الأئمة؛ لأنه حَبْسٌ على ما لا يقدر عليه.

والثاني: نعم، لأن المطالبة بالخروج عن العهدة تتضمن[٥] التوكيل في الإحضارَ، ومن هذا خرج الوجه[٦] الذي حكاه صاحب «التقريب»، فإنه إذا طالب الكفيلُ المكفولَ بالحضور تظهر الفائدة.

الخامسة: لو تكفَّل ببدن الكفيل كفيلٌ جاز؛ لأنه تكفلٌ ببدن مَنْ عليه حقٌّ لازم. وكذا لو تكفل بذلك الكفيلِ كفيلٌ آخر ولا حصر. كما في ضمان المال. ثم مهما برئ الكفيلُ الأولُ برئ كُلُّ مَنْ بعده، ولو برئ الآخر لم يبرأ مَنْ قَبْلَه، ولو برئ بعض الكفلاء المتوسطين برئ مَنْ بعده دون مَنْ قبله.

---

(١) في (ز): (بإذن)، وفي (ظ): (بإذن برضا).

(٢) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٣) في (ط الفكر): (إحضاره بطلب المكفول)، وفي (ظ): (إحضاره إما لطلب المكفول).

(٤) أي: المضمون عنه.

(٥) في (ط الفكر): (تضمن).

(٦) سقط من (ط الفكر)، وفي (ظ): (الوجهان).

السادسة: في موت المكفول له ثلاثة أوجه عن ابن سريج:

أظهرها: بقاء[1] الكفالة وقيام ورثته مقامه، كما لو ضمن له المال.

والثاني: أنها تنقطع؛ لأنها ضعيفة فلا نحكم بثبوتها[2] وتوريثها[3].

والثالث: إن كان له وصيٌّ أو عليه دَيْنٌ بقيت الكفالة، لأن الوصي نائبُه، وتمسّ حاجته إلى قضاء الدَّيْن، وإن لم يكن وصيٌّ ولا دَيْنٌ، انقطعت.

وقوله في الكتاب: (ويلزمه اتباعه في غيبته)، يجوز إعلامه بالواو، لأحد الوجهين المذكورين فيما إذا كانت الغيبة إلى مسافة القصر. وقوله: (لا يلزمه[4] شيء)، يجوز إعلامه بالميم، وكذا إعلام قوله:)يلزمه الدين)، بالحاء، وقوله: (فإن قلنا: لا يلزمه شيء سوى الإحضار فلا يجوز)، بالواو، للوجه الذي حكاه صاحب «التقريب» أنها جائزة دون رضاه، وإن قلنا لا يجب على الكفيل شيء سوى الإحضار.

وقوله: (ومهما حضر بنفسه برئ الكفيل)، يحتاج إلى تقييد معناه[5]: حَضَرَ وسلّم نفسه عن جهة الكفيل. والله أعلم.

* * *

---

(١) في (ط الفكر): (إبقاء).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (بتورثها)، وسقط من (ط الفكر).

(٤) في (ط الفكر) و(ظ): (لا يلزمني).

(٥) في (ط الفكر): (معنى).

قال رحمه الله:

(الركنُ الخامس: الصِّيغة: وهي قولُه: ضَمِنت، وتكفَّلت، وتحمَّلت. وما يُنبئُ عن اللُّزوم. ولو قال: أُؤدِّي أو أحضُر، لم يكُن ضامناً. ولو شرطَ الخيارَ في الضَّمانِ فَسدَ. ولو علَّقه بمجيءِ الشَّهرِ فَسدَ (ح)، ولو علَّقَ الكفالةَ بالبَدنِ بمجيءِ الشَّهرِ أو بوقتِ الحصاد، ففيه خلاف؛ لأنه بُنِيَ على المصلحة، ولا يجوزُ تعليقُ الإبراء؛ كما لا يجوزُ تعليقُ ضمانُ المال. ولو نجزَ كفالةَ البدنِ وشَرطَ التأخيرَ في الإحضارِ شهراً، جاز للحاجة. (و) ولو شَرطَ الأجلَ في ضمانِ المال الحالّ، ففيه خلاف. ولو ضَمِنَ المؤجَّلَ حالَّا، ففي فسادِ الشَّرطِ وجهان، فإن فَسدَ؛ ففي فَسادِ الضَّمانِ وجهان. ولو تكفَّلَ بعضوٍ من بدنِه صحَّ في الكلِّ على وجه، وفَسدَ على وجه، وصحَّ إن كانَ العُضوُ لا يَبقى البدنُ دونَه على وجه، وإلّا فلا).

المقصود: الكلام في صيغة الضمان، وما يقترن بها من الشروط والتعليقات. وفيه مسائل نضرب فيها كل واحد من ضمان المال وكفالة البدن بسهم.

الأولى[1]: لا بد من صيغةٍ دالَّةٍ على التزام، كقوله: «ضمنت لك مالك[2] على فلان»، أو: «تكفلت به» أو: «تحملته» أو: «تقلدته» أو: «التزمته» أو: «كفلت ببدن فلان[3]»، أو: «أنا بهذا المال» أو: «بإحضار هذا الشخص كفيل» أو: «ضامن» أو: «زعيم» أو: «حميل» أو: «قبيل».

---

(١) في (ز) و(ظ): (المسألة الأولى).

(٢) في (ط الفكر): (ما).

(٣) سقط ما بين المعقوفين من (ط الفكر). وفي (ظ): (إن تكلفت ببدن فلان).

وفي «البيان» وجه: في لفظ القبيل أنه ليس بصريح، ويطرد هذا الوجه في الحميل وما ليس بمشهور في العقد[١] ولو قال: «خلِّ عن فلان والدَّيْن الذي لك عليه[٢] عندي»؛ فهذا ليس بصريح في الضمان، خلافاً لأبي حنيفة[٣] فيما رواه صاحب «البيان»[٤]. وذكر وجهين[٥] فيما إذا قال: «دَيْنُ فُلانٍ إليَّ».

ولو قال: «أؤدِّي المال»، أو: «أُحْضِرُ الشخصَ»، فهذا ليس بالتزام، وإنما هو وَعْدٌ، ولو كان قد تكفل ببدن إنسان فأبرأه المكفول له[٦]، ثم وجده ملازماً للخصم، فقال: «خَلِّهِ وأنا على ما كنت عليه من الكفالة»؛ حَكَمَ ابنُ سريج بكونه كفيلاً، لأنه إما مبتدئ بالكفالة بهذا اللفظ، أو مُخْبِرٌ عن كفالةٍ واقعةٍ بعد البراءة.

[المسألة] الثانية: لو شرط الضامن الخيارَ لنفسه لم يصح؛ لأنه يُنافي مقصود الضمان ولا حاجة إليه، فإن الضامن على يقين من الغرر[٧]، ولو شرط الخيار للمضمون له لم يضر، لأن الخِيَرَةَ في الإبراء والمطالبة إليه أبداً، وكذا الحكم في الكفالة.

وعن أبي حنيفة[٨]: أن شرط الخيار لا يبطلها[٩] لكنه يلغو.

---

(١) قوله: (في العقد) سقط من (ط الفكر).

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) قال في «بدائع الصنائع» (٦/ ٢): «فالإيجاب من الكفيل أن يقول: أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك عليّ أو لك قبلي أو لك عندي».

(٤) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» للعمراني (٦/ ٣٠٧).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢٦٠): «قلت: أقواهما: ليس بصريح. والله أعلم».

(٦) سقط من (ظ).

(٧) في (ط الفكر): (الغرم).

(٨) «الدر المختار» (٤/ ٢٥٦)، و«رد المحتار» (٤/ ٤٨)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ١٣١).

(٩) في (ز) و(ظ): (لا يبطلها).

ولو علق الضمان بوقت أو غيره فقال: «إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنتُ»، أو: «إن لم يؤدِّ مالك غداً فأنا ضامن»؛ لم يصحّ، لأنه عقد من العقود، فلا يقبل التعليق كالبيع ونحوه، وهذا كما أنه لا يقبل التأقيت بأن يقول: «أنا ضامن إلى شهر، فإذا مضى ولم أغرم فأنا بريءٌ».

وعن ابن سريج: أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب؛ جاز التعليق، لأن من ضرورة الضمان قبل الوجوب تعليق المقصود بالوجوب، وبه قال أبو حنيفة[١] فيما رواه صاحب «البيان»[٢].

قال الإمام: ويجيء في تعليق الإبراء القولان بطريق الأولى[٣]، فإن الإبراء إسقاط. وقال: وكان لا يمتنع من جهة القياس المسامحة به في الجديد أيضاً، لأن سبب امتناع التعليق في العقود المشتملة على الإيجاب والقبول خروج الخطاب والجواب بسببه عن النظم اللائق بهما، فإذا لم يشترط فيه القبول كان بمثابة الطلاق والعتاق.

فإذا فرَّعنا على القديم، فلو[٤] قال: «إذا بعتَ عبدك بألف فأنا ضامن للثمن»، فباعه بألفين؛ فعن أبي إسحاق[٥]: أنه يصير ضامناً لألف، لأن مقصود الضامن

---

(١) قال في «رد المحتار» (٤/ ٢٥٥): «والحاصل أنه إما أن يذكر: (إلى) بدون: (من) فيقول: كفلته إلى شهر، فيكون كفيلاً بعد الشهر، ولا يطالب في الحال. وعند أبي يوسف والحسن: هو كفيل في المدة فقط. وإما أن لا يذكر: (من) ولا: (إلى) فيقول: «كفلته شهراً أو ثلاثة أيام، فقيل: كالأول وقيل: كالثاني»، ثم رجح توقيته بالمدة للعرف، وكذلك الكاساني في «بدائع الصنائع» (٦/ ٣).

(٢) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» للعمراني (٦/ ٣١٦).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٣).

(٤) في (ز): (فَ).

(٥) هكذا في (ز)، وفي (ط الفكر) و(ظ): (يوسف) ولم أستطع توثيقه، وذكر في «الروضة» (٤/ ٢٦١) أنه وجهٌ لهم.

أن الزيادة على الألف غير ملتزمة[١] ولا غرض له في قدر الثمن، وجعله صاحب «التقريب» وجهاً لنا.

وقال ابن سريج: لا يكون ضامناً لشيء، لأن الشرط وهو البيع بألف لم يتحقق.

ولو باعوا بخمسمئة، ففي كونه ضامناً لها الوجهان. ولو قال: «إذا أقرضته عشرة فأنا ضامن لك»[٢]، فأقرضه خمسة عشر، فهو ضامن لعشرة على الوجهين؛ لأن من أقرض خمسة عشر، فقد أقرض عشرة، والبيع بخمسة عشر ليس بيعاً بعشرة. وإن أقرضه خمسة؛ فعن ابن سريج تسليم كونه ضامناً لها. قال الإمام: وهو خلافُ قياسِه؛ لأن الشرط لم يتحقق[٣].

ولو علَّق كفالة البدن بمجيء[٤] الشهر، فإن جوزنا تعليق ضمان[٥] المال، فهذا أولى، وإن منعناه[٦] ففيه وجهان كالخلاف في تعليق الوكالة. والفرق: أن الكفالة[٧] مبنية على المصلحة والحاجة، فتتبع فيها الحاجة، وإن علَّقها بحصاد الزرع فالوجهان بالترتيب، وأولى بالمنع[٨] لانضمام الجهالة لوقت[٩] حصوله إلى التعليق، فإن علَّقها بقدوم زيد فالوجهان بالترتيب، وأولى بالمنع، للجهل بأصل حصول القدومِ والحصادِ،

---

(١) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٤٩).

(٢) في (ز) و(ظ): (لها).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٤).

(٤) في (ط الفكر) و(ظ): (لمجيء).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) في (ط الفكر): (منعنا منه).

(٧) في (ظ): (الوكالة).

(٨) في (ز): (بالمنع للجهل).

(٩) في (ز) و(ظ): (بوقت).

يحصل تقدمٌ أو تأخرٌ، فإن جوّزنا فإذا وجد الشرط المعلق عليه، صار كفيلاً. وهذه الصورة وترتيبها عزاها الإمام إلى ابن سريج[١].

ولو أقت[٢] كفالة البدن فقال: «أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضى برئت»؛ ففيه وجهان، وفي «التهذيب»: قولان، أظهرهما: المنع كما في ضمان المال[٣].

ولو نجز الكفالة وشرط التأخير في الإحضار شهراً جاز للحاجة، وكذا[٤] في الوكالة. وتوقف الإمام فيه من جهة أن المعتمد في الباب الحضور، والحضور حق[٥] ناجز[٦]؛ إذ المدعي[٧] مهما أراد أحضره، فكان شرط التأخير فيه كشرط التأجيل في ضمان المال الحال. وسنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى. وسياق المصنف ما[٨] رآه وجهاً في «الوسيط»، فأَعْلِم بذلك قوله هاهنا: (جاز للحاجة)، بالواو.

وإذا قلنا بظاهر المذهب[٩]؛ فلو أحضره قبل مضي المدة وسلمه وامتنع المكفول له من قبوله، فينظر: هل له غرض من[١٠] الامتناع مثل أن تكون بيّنته غائبة أو دينه مؤجلاً أم لا؟ وحُكْم القسمين على ما ذكرنا فيما إذا سلمه في غير المكان المعين، ولو

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٩).

(٢) أي: وقّت.

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٩٠).

(٤) في (ز) و(ظ): (وكذا في مثله).

(٥) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٩).

(٧) في (ظ): (ناجز إذاً للمدعي).

(٨) أي: جعل الغزالي توقف الإمام في المسألة وجهاً للمذهب.

(٩) أي: بالجديد وهو التصحيح.

(١٠) في (ظ): (في).

شرط لإحضاره أجلاً مجهولاً كالحصاد، ففي صحة الكفالة وجهان نقلهما العراقيون، أصحهما: المنع. وبالثاني قال أبو حنيفة[(١)].

الثالثة: لو ضمن الدين الحال حالاً أو أطلق، لزمه الدين حالاً. وإن ضمن الدين المؤجل مؤجلاً بذلك الأجل أو أطلق، لزمه[(٢)] كذلك، فإن ضمن الحالَ مؤجلًا إلى أجل معلوم؛ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصحّ الضمان لكون الملتزم مخالفاً لما على الأصيل.

وأصحهما: الصحة، لأن الضمان تبرع، فيحتمل فيه اختلاف الدينين في الكيفية للحاجة. وعلى هذا فالذي يوجد لعامة الأصحاب أنه يثبت الأجل، ولا يطالب إلّا كما التزم[(٣)]. ولا يقول التحق الأجل بالدين الحال، وإنما يثبت عليه مؤجَّلًا ابتداءً ولا يبعد الحلول في حق الأصيل دون الكفيل، كما لو مات الأصيل وعليه الدين المؤجل، وادَّعى الإمام إجماعَ الأصحاب على أنَّ الأجل لا يثبت.

وأن في فساد الضمان لفساده وجهين:

أظهرهما: الفساد.

ولو كان الدين مؤجلاً إلى شهر، فضمنه مؤجلاً إلى شهرين، فهو كما[(٤)] لو ضمن الحال مؤجلاً، ولو ضمن المؤجَّل حالاً، والتزم التبرع بالتعجيل مضموناً إلى التبرع بأصل الضمان ؛ فوجهان، كما في عكسه، والأصح: الصحة.

---

(١) قال في «بدائع الصنائع» (٦/ ٣): «وإن كان التأجيل إلى وقت مجهول، فإن كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل إلى هذه الأوقات جاز عند أصحابنا».

(٢) أي: لأجله.

(٣) في (ط الفكر): (الزم).

(٤) في (ظ): (كمن).

وعلى هذا فهل عليه الوفاء بشرط التعجيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كأصل الضمان.

وأشبههما: لا، كما لو التزم الأصيل التعجيل، وأيضاً فإن الضامن فرع الأصيل، فينبغي أن يكون بالذمة[١] مضاهياً لما على الأصيل.

وعلى هذا فالأجل يثبت في حقه مقصوداً أم تبعاً لقضاء حق المشابهة؟ نقل في «النهاية» فيه وجهين[٢]، وتظهر فائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه.

وعكس صاحب الكتاب الترتيب فقال[٣]: (في صحة شرط التعجيل وجهان. فإن فسد ففي فساد الضمان وجهان)، وهو قريب وله نظائر في الشروط الفاسدة[٤]. ولو ضمن المؤجل إلى شهرين مؤجلاً إلى شهر[٥] فهو كما لو ضمن المؤجل حالًّا.

وقوله في الكتاب: (وشرط الأجل في ضمان المال الحالِّ فيه خلاف)، أي في إفساده الضمان، هذا إذا رَاعَيْنَا طريقة الأكثرين.

وحكى في «الوسيط» وجهين في ثبوت الأجل، ووجهين في فساد الضمان به إذا لم يثبت الأجل[٦]، كما حكاهما الإمام[٧]، فيُمَكَّنُ[٨] على طريقته أن يريد بقوله: (فيه خلاف)، أي في ثبوته.

---

(١) في (ز): (ما لزمه).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٢).

(٣) في (ط الفكر): (صاحب التقريب فقال).

(٤) في (ط الفكر): (في الشرط الفاسد).

(٥) قوله: (مؤجلًا إلى شهر) سقط من (ط الفكر).

(٦) «الوسيط في المذهب» للغزالي (٣/ ٢٤٥).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٢).

(٨) في (ظ): (فمكن).

الرابعة: لو تكفل ببدن فلان أو نفسِهِ أو جسمِه؛ صحّ. وكذا لو قال: «بروحه»، ذكره في «التهذيب»[١]، ولو تكفل بعضوٍ من أعضائه ففيه أربعة[٢] أوجه:

أحدها ـ وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، واختاره ابن الصباغ ـ: أنه باطل. كما لو أضاف البيع والإجارة إلى بعض الأعضاء، ويخالف الطلاق والعتاق؛ لأنهما مبنيان على الغلبة والسراية.

وثانيها: أنه يصح، لأنه لا يمكن تسليمه بحاله إلّا بتسليم الكل، ويجوز أن يحتمل فيه ما لا يحتمل في البيع ونحوه للحاجة.

وثالثها: أنه إن كان عضواً لا يبقى البدن بدونه كالرأس والقلب والكبد والدماغ؛ صح، وإن كان مما يبقى البدن دونه، كاليد والرِّجْل؛ لم يصح. قال في «التهذيب»: وهذا أصح[٣].

ورابعها: أن ما يعبَّر به عن جميع البدن كالرأس والرقبة، إذا تكفل به؛ صح. وما لا يعبر به عن الجميع كاليد والرِّجْل، إذا أضاف إليه[٤]؛ لم يصح. أورده القفال في «شرح التلخيص» وقال: إنه الأصح.

وفي قوله: (لا يعبر باليد عن الجملة)، نزاع مشهور. لأنه إذا أضاف الطلاق إلى اليد كان وقوع الطلاق بطريق التعبير باليد عن[٥] الجملة في أحد الوجهين كما سيأتي في موضعه.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٩٢).

(٢) في (ز) و(ظ): (ثلاثة).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٩٢).

(٤) في (ط الفكر): (به).

(٥) من قوله: (الجملة نزاع) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

والوجه بمثابة سائر الأعضاء فيما أورده المعظم، وفي «النهاية»: تصحيح الإضافة إليه جزماً لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه[١]، والجزء الشائع كالنصف والثلث كالجزء الذي لا يبقى البدن دونه، فيجيء فيه وجهان[٢]، والله أعلم.

ونختم الباب بفروع هي من بابه ونراعي[٣] الاختصار:

ضمن عن رجل ألفاً وشرط للمضمون له أن يدفع إليه كل شهر درهماً، ولا يحسبه من مال الضمان، فالشرط باطلٌ، وفي بطلان الضمان وجهان[٤]، ذكرهما القاضي ابن كج.

ولو ضمن دَيْناً أو كفل ببدن إنسان ثم ادَّعى أنه كفل ولا حَقَّ على المضمون عنه أو المكفول به؛ فالقول قول المكفول له، لأن الضمان والكفالة لا تكون إلّا بعد ثبوت الحق، وهل يحلف أم يقبل قوله من غير يمين؟ فيه وجهان عن ابن سريج؛ فإن قلنا بالأول، فنكل؛ حلف الكفيل وسقطت المطالبة عنه، ولو أقر أنه ضمن أو كفل بشرط الخيار[٥] وأنكر المضمون له الشرطَ، بنى ذلك على تبعيض الإقرار؛ إن قلنا: لا يتبعض فالقول قول الضامن مع يمينه، وإن قلنا: يتبعض، فالقول قول المضمون له.

ولو ادَّعى الكفيل أن المكفول عنه[٦] بريء من الحق وارتفعت الكفالة[٧]

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢١).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢٦٣): «قلت: قطع صاحب «الحاوي» بصحة الكفالة فيما لو كفل برأسه أو وجهه أو عينه أو قلبه وفؤاده وغيرهما مما لا يحيا دونه أو جزء شائع. والله أعلم».

(٣) في (ظ): (هي فمكن ونراعي).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٢٦٣): «قلت: أصحهما: البطلان. والله أعلم».

(٥) قوله: (بشرط الخيار) سقط من (ط الفكر).

(٦) في الأصل و(ز): (المكفول به)، وأسقطه في «الروضة» (٤/ ٢٦٣).

(٧) سقط من (ظ).

وأنكره المكفول له، فالقول قول المكفول له مع يمينه، فإن نكل وحلف الكفيل، برئ وإن لم يبرأ بيمينه المكفول عنه[١].

ولو قال: «تكفلت ببدن زيد، فإن جئتك به وإلّا فأنا كفيل ببدن عمرو»؛ لم يجز. أما كفالة زيد فلأنه لم يلتزمها، وكأنه قال: «كفلت ببدن هذا أو ذاك». وأما كفالة عمرو فبناء على أنها معلقة. ولو قال قائلٌ للمكفول له: «أبرِئ الكفيل، وأنا كفيل من[٢] تكفل به»؛ فعن ابن سريج: أنه يصح؛ لأنه نَقَلَ الضمانَ إلى نفسه، كما لو أحال الضامن الـمضمون له على غيره. وقال الأكثرون: لا يصح؛ لأنه تكفل بشرط إبراء الكفيل، وأنه فاسد.

والكفالة ببدن الأجير المعيَّن صحيحةٌ، ومن غرم الكفيل عند العجز عن التسليم[٣] لم يصححها، لأنه إذا مات انفسخ العقد وسقط الحق[٤]. قاله في «التتمة». والله أعلم.



(١) في الأصل و(ز): (المكفول به)، وأسقطه في «الروضة» (٤/ ٢٦٣).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (بمن).

(٣) بموت الأصيل مثلًا.

(٤) في «الروضة» (٤/ ٢٦٤): «قلت:....» ولم يكمله.

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(البابُ الثاني: في حكمِ الضّمانِ الصَّحيح

وله أحكام: الأول: يجوزُ (م) مطالبةُ الضّامنِ من غيرِ انقطاعِ الطلبِ[1] عن المضمونِ عنه، ومهما أُبرِئَ الأصيلُ برئَ الكفيل، وإن أبرئَ الكفيلُ لم يَبرأ الأصيل، ولو كانَ الدَّينُ مؤجَّلاً فماتَ الأصيل، لم يطالَبِ الكفيل؛ لأنه حيّ).

مقصود الباب: بيان ما يترتب على الضمان الصحيح من الآثار والأحكام:

فمنها: أنه يتجدد، للمضمون له جواز مطالبة الضامن، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه، بل يتخير في مطالبتهما ومطالبة واحدٍ منهما[2]، لأن غرض العقد التوثيق.

وعن مالك[3]: أنه لا يطالب الضامن إلّا إذا عجز عن تحصيله من الأصيل لغيبة[4] أو إعسار، هذا إذا أطلق الضامن الضمان[5].

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (الطلبة).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢٦٤): «قلت: وله مطالبة أحدهما ببعضه، والآخر بباقيه. والله أعلم».

(٣) قال في «القوانين الفقهية» ص٢١٤: «فأما ضمان المال فيغرم فيه الضامن ويرجع فيه المضمون عنه إن ضمنه بإذنه اتفاقاً، وكذلك إن ضمنه بغير إذنه خلافاً لأبي حنيفة. وينقسم ضمان المال إلى قسمين:
أحدهما: أن يكون على حكم ضمان الخيار. فيأخذ من شاء من الضامن أو الغريم على المشهور. وقال ابن كنانة وأشهب: لا يغرم الضامن إلّا مع عدم الغريم.
والآخرُ: أن لا يكون كذلك. فاختلف فيه، فقيل: يأخذ أيهما شاء كضمان الخيار وفاقاً لهم. وقال ابن القاسم: إنما يأخذ من الغريم إلّا إن أفلس أو غاب فحينئذ يأخذ من الضامن».

(٤) في (ظ): (بغيبه).

(٥) سقط من (ط الفكر).

أما إذا ضمن بشرط براءة الأصيل، ففي صحته وجهان عن ابن سريج:

أشبههما: المنع، لأنه قرن به شرطاً يخالف مقتضى الضمان.

والثاني: يصح، لما روي أنه لما ضمن أبو قتادة الدينارين عن الميت، قال النبي ﷺ: «هما عليك حق الغريم وبرئ الميت؟» فقال: «نعم». فصلى عليه[1]. فإن قلنا بالصحة، ففي صحة الشرط وجهان يشبهان[2] الخلاف في براءة المحيل إذا أحال على مَنْ لا دَيْن عليه، وصححنا هذه الحوالة وقد مرَّ ذلك، وقد يعكس الترتيب، فيقال: في صحة الشرط وجهان[3]، إن فسد، ففي فساد الضمان وجهان[4].

وإذا صححنا العقد والشرط برئ الأصيل، وكان للضامن الرجوعُ عليه في الحال إن ضمن بإذنه، لأنه حصل براءة ذمته كما لو أدَّى، ومهما أبرئ[5] مستحقُّ الدين الأصيلَ بـرئ الضامنُ لسقوط الحق، كمـا لو أدّى الأصيل الدين أو أحال الأصيل[6] [7] مستحق الدين على إنسان أو أحال المستحق غريمه عليه. وكذلك

---

(١) سبق تخريج حديث ضمان أبي قتادة من حديث سلمة بن الأكوع وجابر رضي الله عنهم ص(٤٤٢) من هذا الجزء.

وأخرج البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٧٥)، في كتاب الضمان عن الميت، من حديث جابر مطولاً، وفيه لفظ: فقال أبو قتادة: «الديناران عليَّ». فقال النبي ﷺ: «حق الغريم وبرئ منهما الميت؟»، قال: «نعم». فصلى عليه رسول الله ﷺ. قال: فقال له بعد ذلك بيَوْمٍ: «ما فعل الديناران؟» قال: «إنما مات أمس». قال: فعاد إليه كالغد. قال: «قد قضيتهما»، فقال النبي ﷺ: «الآن بردت عليه جلده».

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (يشتمل).

(٣) سقط من (ط الفكر).

(٤) قوله: (إن فسد، ففي فساد الضمان وجهان) سقط من (ظ).

(٥) في (ظ): (أبرأه).

(٦) سقط من (ز).

(٧) في (ظ): (أبرئ إذا أحال مستحق).

يبرأ ببراءة[١] ضامن الضامن. ولو أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل، لأن إبراءه إسقاطٌ للوثيقة، وذلك لا يقتضي سقوط أصل الدين كَفَكِّ الرهن، ويبرأ ضامن الضامن[٢] بإبراء[٣] المضمون له ولا[٤] يبرأ الضامن بإبراء ضامن الضامنِ،كما ذكرنا في الضامن والأصيل.

ولو ضمن ديناً مؤجَّلاً فمات الأصيل وَحَلَّ عليه الدين، لم يحل على الضامن، لأنه حَيٌّ يرتفق بالأجل.

وخرّج ابن القطان وجهاً: أنه يحل على الضامن أيضاً، لأنه فرع الأصيل.

وعلى المذهب: لو أخَّر المستحق المطالبة كان للضامن أن يطالبه بأَخْذِ حقه من تركة الأصيل في الحال أو إبراء[٥] ذمته، لأنه قد تملك[٦] التركة فلا يجد مرجعاً إذا غرم.

وعن رواية الشيخ أبي علي وجه: أنه ليس للضامن هذه المطالبة، ولو مات الضامن حلَّ عليه الدين، فإن أخذ المستحق المال من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الأجل.

ونقل القاضي ابن كج وجهاً آخر: أنه لا يحل على الضامن كما لا[٧] يحل على الأصيل. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (ببراءته).
(٢) في (ط الفكر): (ويبرأ الضامن من الضمان).
(٣) سقط من (ظ).
(٤) في (ز): (بإبراء الضامن ولا)، وسقط من (ظ).
(٥) في (ز): (بإبراء).
(٦) في (ط الفكر): (تهلك).
(٧) في (ز) و(ظ): (لم يحل).

قال:

(الثاني: أن للضامنِ إجبارُ الأصيلِ على تخليصِه إن طولب، وفي مطالبتِه بالتَّخليصِ قبلَ أن يطالبَ خلاف، وكذا في قدرتِه على المطالبةِ بتسليمِ المالِ إليه، حتى يؤدِّيه بنفسِه فيَخرجَ عن العُهدة).

أصل مسائل الفصل؛ وجهان خرجهما ابن سريج في أن مجرد الضمان هل يُثبتُ حقاً للضامن على الأصيل ويوجب علاقةً بينهما أم لا؟

ففي وَجْهٍ: يوجب، لأنه اشتغلت ذمتُه بالحق كما ضمن، فليثبت له عوضه على الأصيل.

وفي وجهٍ: لا، لأنه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء فلا يثبت له شيء إلّا بالغرم.

إذا عرفت ذلك، فلو طالب المضمون له الضامنَ بأداء المال، كان له أن يطالب الأصيلَ بتخليصه[1] إن ضمن بالإذن، كما أنه يغرمه إذا غرم.

وعن القفال وجه: أنه لا يملك مطالبته.

والمشهور: الأول، وهل يطالبه بالتخليص[2] قبل أن يطالب؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو استعار عن[3] الغير للرهن، ورهنه كان للمالك المطالبة بالفك.

وأصحهما: لا، لأنه لم يغرم شيئاً، ولا توجهت عليه طلبة، ويخالف الرهن، فإنه محبوس بالدين، وفيه ضرر ظاهر.

---

(١) في (ط الفكر): (بتحصيله).

(٢) في (ز): (بالتخلص).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (عبد).

ومعنى التخليص: أن يؤدَّى دَيْن المضمون له، ليبرأ ببراءته الضامن. وفي تمكُّن[١] الضامن من تغريم الأصيل قبل أن يغرم حيث ثبت له الرجوع وجهان ذكرهما الشيخ أبو محمد والإمام[٢] بناءً على الأصل المذكور إن أثبتنا له حقاً على الأصيل بمجرد الضمان فله أخذه، وإلّا فلا.

وقوله في الكتاب: (وكذا في قدرته على المطالبة بتسليم المال إليه[٣] حتى يؤديه بنفسه فيخرج عن العهدة)، محمولٌ على هذه الصورة. كأنه[٤] يستظهر بالمأخوذ، ويؤدَّى الدَّيْن إما منه أو من غيره فيخرج عن العهدة. وظاهر اللفظ يشعر بأخذه منه ليباشر أداءه نيابةً عَنْهُ، ويستفيد بعين[٥] البراءة، لكن الحمل عليه بعيد لبعد الخلاف في الإجبار[٦] على الإنابة. وأيضاً فإنه ليس له ذكر في كتب الأئمة. وليكن[٧] الوجهان في تمكينه[٨] من التغريم مفرعين[٩] على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضى به دين الأصيل هل يملكه؟ فيه وجهان، بناءً على الأصل السابق.

فإن دفعه الأصيلُ ابتداءً من غير إجبار ومطالبةٍ؛ فإن قلنا: يملكه؛ فله التصرف فيه كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجلة، لكن لا يستقر ملكه عليه إلّا بالغرم حتى لو أبرأه

---

(١) في (ز): (تمكين).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٠٩).
(٣) سقط من (ز).
(٤) في (ط الفكر): (وأنّهُ).
(٥) في (ظ): (يقين).
(٦) في (ط الفكر) و(ز): (الإخبار).
(٧) في (ط الفكر): (ولكن).
(٨) في (ظ): (تمكنه).
(٩) في (ط الفكر): (مفرعاً).

المستحق، كان عليه رد ما أخذه، كردِّ الزكاة المعجلة إذا هلك المال قبل الحول. فإن قلنا: لا يملكه فعليه رده[1]. ولو هلك عنده ضمن كالمقبوض بالشراء[2] الفاسد. ولو دفعه إليه وقال: «اقضِ[3] به ما ضمنت عني» فهو وكيل الأصيل والمال أمانة في يده.

ويخرج[4] على ذلك الأصل صور أخرى:

منها: أن الضامن هل يحبس الأصيلَ إذا حبس المضمون له الضامن؟ إن أثبتنا العلاقة بين الضامن والأصيل يجوز للضامن[5] حبسه، وبه قال أبو حنيفة[6]، وإلّا فلا، وهو الأصح.

ومنها: لو أبرأ الضامن الأصيل عما سيغرم، إن أثبتنا العلاقة في الحال صح الإبراء، وإلّا خرج على الإبراء عما لم يجب ووجد سبب وجوده.

ومنها: لو صالح الضامن الأصيل عن العشرة التي سيغرمها على خمسة؟ إن أثبتناها في الحال صح الصلح، كأنه أخذ عوضَ بعضِ الحق وأبرأ عن الباقي، وإلّا لم يصح.

ومنها: لو ضمن ضامن عن الأصيل للضامن بما ضمن ففي صحته الوجهان. وكذا لو رهن الأصيل عند الضامن[7] شيئاً بما[8] ضمن، والأصح في الكل: المنع.

---

(١) في (ظ): (ملكه عليه بل فعليه رده).

(٢) في (ط الفكر): (بالشرط).

(٣) في (ط الفكر): (اقصد).

(٤) في (ز) و(ظ): (ويتخرج).

(٥) في (ز) و(ظ): (والأصيل بمجرد الضمان حبسه).

(٦) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٢٦).

(٧) من قوله: (بما ضمن) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٨) في (ط الفكر): (مما).

ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامناً، ففي صحة الشرطِ الوجهان:

إن صح، فإن وفَّى الضامن[١] وأعطاه ضامناً فذاك، وإلّا فله[٢] فسخ الضمان[٣].

وإن فسد، فسدَ به الضمان على أصح الوجهين. والله أعلم.

قال:

(الثالث: الـرُّجوع، ومن أدَّى دَيْنَ غيرِه بغيرِ إذنِه لم يَرجع، وإن أدى بشرطِ الـرُّجوعِ وإذنهِ رجَع، وإن أدى بالإذنِ دونَ شرطِ الرُّجوعِ فوجهان، والضّامنُ يرجعُ؛ إن ضَمِنَ وأدى بالإذن، وإن استقلَّ بهما لم يَرجع، وإن ضَمِنَ دونَ الإذن وأدَّى بالإذن؛ فالصَّحيحُ أنه لا يَرجع، وإن ضَمِنَ بالإذنِ وأدى بغيرِ الإذنِ عن مطالبة، فيَـرجع (و)، وإن[٤] ابتدأ فوجهان).

الغرض الآن بيان الموضع الذي يستحق الضامن الرجوع على الأصيل بالمغروم، والذي لا يستحـق، وقدم عليه الكـلام في أن من أدَّى دَيْن الغير من غيـر ضمـان متى يرجع؟

وتفصيله: أنه إن أداه بغير إذن المديون لم يكن له الرجوع، لأنه متبرع بما فعل.

---

(١) في (ط الفكر): (الأصيل)، قلت: وهو خطأ.

(٢) في (ط الفكر): (فلا)، قلت: وهو خطأ.

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (للضمان).

(٤) في (ز): (وإن أدى).

ويخالف ما لو آجَر[١] طعامه للمضطر حيث يرجع عليه، وإن لم يأذن المضطر[٢]؛ لأنه ليس متبرعاً، بل يجب عليه إطعام المضطر استبقاءً لمهجته، ويخالف الهبة فإن في اقتضائها الثواب خلافاً يذكر في موضعه، لأن الهبة متعلقة باختيار المتهب ولا اختيار للمديون هاهنا.

وعن مالك[٣]: أنه يثبت له الرجوع إلّا إذا أدَّى العَدُوُّ دَيْن العدوِّ فإنه يتَّخذه ذريعة إلى إيذائه بالمطالبة.

وإن أدَّاه بإذن المديون، فإن جرى بينهما شرط الرجوع ثبت الرجوع. وإلا[٤] فوجهان:

أحدهما: لا رجوع؛ لأنه لم يوجد منه إلّا الإذن في الأداء، وليس من ضرورة الأداء الرجوع.

وأصحهما: الرجوع، بناء على المعتاد في مثله من المعاملات.

وأفاد الشيخ أبو محمد هاهنا كلامين:

أحدهما: تقريب هذا الخلاف من الخلاف في أن الهبة المطلقة هل تقتضي الثواب؟ وترتيبه عليه والحكم بالرجوع أولى من الحكم بالثواب ثَمَّ، لأن الهبة مصرحة بالتبرع والأداء بخلافه، ولأن الواهب مبتدئ بالتبرع والأداء هاهنا مسبوق[٥] بالاستدعاء الذي هو كالقرينة المشعرة بالرجوع.

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (أوجر).

(٢) من قوله: (حيث يرجع) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) انظر: «الشرح الكبير» (٣/ ٣٣٤)، «مجمع الأنهر» (٢/ ١٣٢).

(٤) أي: وإن أطلق.

(٥) في (ط الفكر): (مستوف).

والثاني: أن في الهبة فارقاً[1] بين أن يكون الواهب ممن يطمع مثله في ثواب المتهب[2] أو لا يكون، فيخرج وجه ثالث[3] مثله هاهنا.

وأما الضامن، فله أربعة أحوال:

أولها: أن يضمن بإذن الأصيل، ويؤدي بإذنه فيرجع عليه؛ لأنه صرف ماله[4] إلى منفعة الغير[5] بأمره، فأشبه ما إذا قال: «اعلف دابتي»، فأعلفها.

وعن أبي حنيفة[6]: أنه إنما يرجع إذا قال له: «اضمن عني وأدِّ عني»، أما إذا لم يقل[7]: «عني» فلا يرجع إلاّ إذا كان بينهما[8] مخالطة بشركة أو زوجية أو نحوهما[9].

ولا فرق في ثبوت الرجوع بين أن يشترط الرجوع أو لا يشترط.

قال الإمام: ويحتمل في القياس أن ينزل الإذن في الضمان والأداء منزلة الإذن في الأداء من غير ضمان[10]، حتى يقال[11]: إن شُرطَ الرجوعُ ثبت وإلّا فعلى الخلاف، وفي كلام صاحب «التقريب» رمز إليه.

---

(١) في (ز) و(ظ): (قولًا فارقاً).

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (مثل المتهب).

(٣) وهو: إن كان حالهما يقتضي الرجوع رجع وإلاّ فلا، كنظيره من الهبة.

(٤) في (ط الفكر): (مال).

(٥) في (ز): (الأصيل).

(٦) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٣٣).

(٧) سقط من (ظ).

(٨) في (ز) و(ظ): (إلّا أن يكون بينهما).

(٩) في (ز): (نحوها).

(١٠) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٥).

(١١) في الأصل و(ز): (يقول).

وثانيها: أن يضمن ويؤدِّي بغير إذنه، فلا رجوع له على الأصيل، خلافاً لمالك[١] وأحمد[٢].

واحتج الأصحاب بحديث علي وأبي قتادة، فإن[٣] النبي ﷺ صلى على الميتين[٤] بعد ضمانهما[٥] ولو كان لهما الرجوع، لما صلى لبقاء الدين.

وأيضاً: فإنه ﷺ قال: «الآن بَرَّدتَ جِلْدَتَهُ عن[٦] النار»[٧]، ولو بقي الدين لما حصل التبريد.

والثالثة: أن يضمن بغير إذنه ويؤدِّي بإذنه؛ ففي وجه يرجع، لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذنه. فالأصح: المنع، لأن اللزوم بالضمان ولم يأذن فيه ورتب الوجهين في «النهاية» على الوجهين فيما إذا أدَّى دين الغير بإذنه من غير ضمانٍ[٨]، ومِن غير شرط الرجوع. وقال[٩]: هذه الصورة أولى بمنع الرجوع، لأن الإذن في الأداء بعد

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٣٣٤).

(٢) فيه روايتان عن أحمد بالرجوع وعدمه. انظر: «المغني» (٤/ ٦٠٨).

(٣) في (ط الفكر): (بأن).

(٤) في (ط الفكر): (الميت).

(٥) أي: ضمان الدينارين.

(٦) في (ز): (من)، وفي (ظ): (على).

(٧) أخرجه الدارقطني (٣/ ٧٩)، برقم (٢٩٣)، من حديث جابر في قصة أبي قتادة، وأنه لما قضى الدينارين عن الميت قال له ﷺ: «الآن حين بردت عليه جلده». والحاكم (٢/ ٥٨)، أيضاً عنه بهذا اللفظ وصححه هو والذهبي والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٧٥) كما سبق قريباً مع القصة، وفي آخره لفظ: «الآن بردت عليه جلده»، ولم أعثر على لفظ: «عن النار»، وربما رواه الرافعي رحمه الله بالمعنى الذي فهمه، والخطاب في الحديث قيل لأبي قتادة، أعاذنا الله تعالى من أحوال أهل النار وأهوالها، آمين.

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٥).

(٩) في (ز) و(ظ): (قال و).

اللزوم بالضمان في حكم اللغو، وأبدى احتمالين فيما إذا أذن في الأداء[١] بشرط الرجوع والحالة هذه:

أحدهما: يرجع كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان[٢].

ووجه الثاني: أن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز أن يقابل بعوض كسائر الحقوق الواجبة[٣].

والرابعة: أن يضمن بالإذن ويؤدِّي بغير الإذن؟ ففيه وجهان عن ابن سريج، ووجه ثالث عن أبي إسحاق[٤].

أحد وجهي ابن سريج ـ وهو الأصح المنصوص ـ: أنه يرجع، لأن الأصل في الباب الالتزام، وقد صادفه الإذن فيكتفى[٥] به.

والثاني: لا يرجع، لأن الغرم حصل بغير إذن الأصيل، وإنما[٦] لم يقصد إلّا التوثيق بالضمان.

والثالث ـ وهو الذي ذكره أبو إسحاق ـ: أنه إن أدَّى من غير مطالبة أو عن مطالبة ولكن أمْكَنَه مراجعةُ الأصيل واستئذانه، فلم يفعل؛ لم يثبت له الرجوع؛ لأنه لم يكن مضطراً إلى الأداء، وإن لم يمكن مُرَاجعته لكونه غائباً أو محبوساً فله الرجوع[٧].

---

(١) من قوله: (بعد اللزوم) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢٦٦): «قلت: الاحتمال الأول أصح. والله أعلم».

(٣) سقط من (ط الفكر).

(٤) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٤٧).

(٥) في (ط الفكر): (فيلتقي).

(٦) في (ز) و(ظ): (وربما).

(٧) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٥١).

وأما ما ذكره في الكتاب أنه: (إن كان الأداء عن مطالبته فيرجع، فإن ابتدأ فوجهان)، فإن فقهه ما ذكرناه في الوجه الثالث، إلّا أنه رأى الرجوع فيما إذا كان الأداء عن مطالبة كالظاهر المقطوع به، وخُصِّص[1] ذكر الخلاف بما إذا ابتدأ بالأداء. واعلم أن الفرق[2] غير منوط بمجرد كونه مطالباً أو مبتدئاً، بل المطالب الذي يحضر[3] في المراجعة، كالمبتدئ، على ما سبق. فليضمر في قوله: (عن مطالبة)، القيد[4] المحتاج إليه.

فرع:

حوالةُ الضامـن ربَّ[5] الـدَّيْنِ على إنسانٍ وقبولُـهُ حوالـةَ ربِّ الـدَّيْن عليه، ومصالحتُهما عن الدَّيْن على عوض، وصيرورةُ الدين ميراثاً للضامن، كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه. والله أعلم.

قال:

(ولو صالحَ المأذونُ في الأداءِ بشرطِ الرُّجوعِ على غيرِ جنسِ الدَّيْن، رجَع؛ على الأصحّ. ولو صالحَ الضّامنُ عن ألفٍ بعبدٍ[6] يساوي تسعَمئة، يَرجعُ بتسعِمئةٍ على وجه، وعلى وجهٍ بالألف، لأن المسامحةَ جرَت معَه، ولو سُومحَ الضَّامنُ بحطِّ قدرٍ من الدَّين أو صفتِه، لم يرجع إلّا بما بذَل).

قد بان في الفصل السابق موضعُ أصل الرجوع، والنظر بعده فيمَ يُرجع به؟

---

(١) في (ط الفكر): (وتخصيص).

(٢) في (ط الفكر): (العرف).

(٣) في (ز)، (ظ): (قصر).

(٤) في (ط الفكر): (العبد).

(٥) وهو المضمون له.

(٦) في (ز): (على عبد).

فإن كان ما دفعه إلى رب الدين، من جنس الدين وعلى صفته؛ رجع به، وإن اختلف الجنس، فالكلام في المأذون في الأداء من غير ضمان، ثم في الضامن[١].

أما الأول: فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه، إذا أثبتنا له الرجوع، لو صالح رب المال[٢] على غير جنسه، فهل له الرجوع أو لا؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: نعم، لأن مقصوده أن يبرئ ذمته، وقد فعل.

وثانيها: لا، لأنه إنما أذن في الأداء دون المصالحة.

وثالثها: الفرق بين أن يقول: «أدِّ ما عليَّ من الدنانير» مثلاً؛ فلا يرجع، وبين أن يقتصر على قوله: «أدِّ ديني» أو: «ما عليَّ»؛ فيرجع. فإن قلنا بالرجوع، فبِمَ[٣] يرجع؟ حكمه ما نذكره[٤] في الضامن[٥].

أما الضامن؛ فلو صالح على غير الجنس يرجع بلا خلاف، لأن بالضمان ثبت الحق في ذمته ثبوتَه في ذمة الأصيل. والمصالحة معاملة مبنية عليه بخلاف المأذون من غير ضمان. ثم ينظر: إن كانت قيمة المصالَح عليه أكثر من قدر الدين؛ لم يرجع بالزيادة؛ لأنه متطوع بها، وإن لم تكن أكثر كما لو صالح عن ألف على عبد يساوي تسعمئة فوجهان، وقيل قولان:

أصحهما: أنه لا يرجع إلّا بتسعمئة؛ لأنه لم يغرم سواها.

والثاني: يرجع بالألف، لأنه قد حصلت براءة الذمة بما فعل، ومسامحة رب الدين

---

(١) في (ط الفكر): (الضمان).

(٢) في (ز): (الدين).

(٣) في (ط الفكر): (فبما).

(٤) في (ط الفكر): (يذكر).

(٥) في (ط الفكر): (الضمان).

جرت معه، ولو أنه باع العبد بألف وتقاصًّا، فالرجوع بالألف بلا خلاف، لأنه ثبت في ذمته ألفٌ، ذكره في «التهذيب»[(١)].

ولو قال للمضمون له: «بعت منك هذا العبد بما ضمنته لك عن فلان»، ففي صحة البيع وجهان حكاهما الأستاذ أبو منصور البغدادي، فإن صححنا فَيَرْجِعُ بما ضمنه أم بالأقل مما ضمنه ومن قيمة العبد؟ قال: فيه وجهان[(٢)].

وأما الصفة؛ فإن كان المؤدَّى خيراً كما لو أدَّى الصحاح عن المكسَّرة لم يرجع بالصحاح، وإن كان بالعكس ففيه الخلاف المذكور في خلاف الجنس. وعن الشيخ أبي محمد: القطع بأنه يرجع بما أدى، وهذا ما يقتضيه نظم الكتاب. والفرق أن غير الجنس يقع عوضاً، والمكسرة لا تقع عوضاً عن الصحاح، فلا يبقى إلّا عارية[(٣)] حكم الإيفاء والاستيفاء. قاله الإمام[(٤)].

ويتعلق بالرجوع مسائل أخر نوردها موجزين:

منها: لو ضمن عشرة، وأدى خمسة، وأبرأه رب الدين[(٥)] عن الباقي لم يرجع إلّا بالخمسة المغرومة، وتبقى الخمسة الأخرى على الأصيل، لما مرَّ أن إبراء الضامن لا يوجب براءة الأصيل.

ولو صالحه من العشرة على خمسة، فلا يرجع إلّا بالخمسة أيضاً، لكن يبرأ الضامن والأصيل عن الباقي، وإن كان صلح الحطيطة أبرأ في الحقيقة، لأن لفظ

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٧٣).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢٦٧): «قلت: المختار: الصحة. وأنه يرجع بما ضمنه. والله أعلم».

(٣) في (ز) و(ط الفكر): (رعاية).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٦٠).

(٥) في (ظ): (المال).

الصلح يشعر بقناعة المستحق بالقليل عن الكثير، بخلاف ما إذا صرح بلفظ الإبراء. هكذا أورده الشيخان الفراء والمتولي.

ولو[1] قال قائل: لفظ الصلح يتضمن القناعة بالقليل ممن يجري الصلح معه أم على الإطلاق، والثاني ممنوع، لم يتضح[2] الجواب.

ومنها: ضمن ذمي لذمي ديناً على مسلم ثم تصالحا على خمر، فهل يبرأ المسلم؟ لأن المصالحة بين الذميين على ما يعتقد أنه مال صحيحةٌ[3]، أو لا يبرأ كما لو دفع الخمر بنفسه؟ فيه وجهان. إن قلنا بالأول، ففي رجوع الضامن على المسلم وجهان؛ إن اعتبرنا بما أدَّى، لم يرجع بشيء، وإن اعتبرنا بما أسقط يرجع بالدين[4].

ومنها: ضمن عن الضامن ضامن آخر[5] وأدى الثاني، فرجوعه على الأول كرجوع الضامن على الأصيل، فيراعى الإذن وعدمه. وإذا لم يكن له الرجوع على الأول لم يثبت بأدائه الرجوع للأول على الأصيل؛ لأنه لم يغرم، ولو ثبت له الرجوع على الأول فرجع، رجع الأول على الأصيل إذا وجد شرطه.

فلو أراد الثاني أن يرجع على الأصيل ويترك الأول نُظِرَ: إن كان الأصيل قد قال له: «اضمن عن ضامني»، ففي رجوعه عليه وجهان، كما لو قال لإنسان: «أدِّ ديني» فأدَّى[6]، وليس هذا كما لو قال لإنسان: «اقضِ دين فلان» ففعل، حيث لا يرجع على الآمر، لأن الحق لم يتعلق بذمته.

---

(١) في (ظ): (و).

(٢) في (ظ): (لم يصح).

(٣) قوله: (على ما يعتقد أنه مالٌ صحيحةٌ) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٢٦٨): «قلت: الأصح: لا يبرأ ولا يرجع. والله أعلم».

(٥) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٦) في (ط الفكر): (فأدى وليْسَ هذا كما قال لإنسان: أدّ ديني، فأدّى) وهو تكرار.

وإن لم يقل له: «اضمن عن ضامني»، فإن كان الحال بحيث لا يقتضي الرجوع للأول[1] على الأصيل لم يرجع الثاني عليه، وإن كان يقتضيه فكذلك في أصحّ الوجهين، لأنه لم يضمن عن الأصيل، ولو أن الثاني ضمن عن الأصيل أيضاً فلا رجوع لأحد الضامنين على الآخر، وإنما الرجوع للمؤدِّي على الأصيل، ولو ضمن عن الأول والأصيل جميعاً، فإذا أدَّى كان له أن يرجع على أيهما شاء، وأن يرجعَ بالبعض على هذا، وبالبعض على ذاك. ثم للأول الرجوع على الأصيل بما غرم إذا وجد شرطه.

ومنها: على زيد عشرة ضمنها اثنان، كل واحد منهما خمسة، وضمن أحدهما[2] عن الآخر، فلرب الدين مطالبة كل واحد منهما بالعشرة نصفها على الأصيل ونصفها على الضامن الآخر. فإن أدى أحدهما جميع العشرة رجع بالنصف على الأصيل وبالنصف على صاحبه. وهل له الرجوع بالكل على الأصيل إذا كان لصاحبه الرجوع عليه لو غرم؟ فيه الوجهان. وإن لم يؤدِّ إلّا خمسة فينظر: إن[3] أدَّاها عن الأصيل أو عن صاحبه أو عنهما ؛ يثبت[4] الرجوعُ بخمسة[5].

ومنها: ضمن الثمن فهلك المبيع قبل القبض[6] أو وجد به عيباً فردَّه أو ضمن الصداقَ فارتدت المرأةُ قبل الدخول أو فسخت بعيب، نظر: إن كان ذلك قبل أن يؤدِّي الضامن؛ برئ الضامن والأصيل. وإن كان بعده؛ فإن كان بحيث يثبت له الرجوع، رجعَ بالمغروم على الأصيل، وضمن رب الدين للأصيل ما أخذ، إن كان هالكاً، وإن كان باقياً ردَّ عينه.

---

(١) في (ز) و(ظ): (الأول).

(٢) في (ز): (كل واحد).

(٣) سقط من (ز).

(٤) في (ز) و(ظ): (ويثبت).

(٥) في (ز): (بحسبه).

(٦) قوله: (قبل القبض) سقط من (ظ).

وهل له إمساكه وردّ بدلِه؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا رد المبيعَ بعيبٍ وعينُ دراهمه عند البائع، فأراد إمساكها ورد مثلها؟ والأصح: المنع. وإنما يغرم الأصيل دون الضامن، لأن في ضمن الأداء عنه إقراضه وتمليكه إياه. وإن كان بحيث لا يثبت له الرجوع فلا شيء للضامن على الأصيل، وعلى المضمون له رد ما أخذه. وعلى مَنْ يرد؟ هو كما لو تبرع بالصداق وطلق الزوج قبل الدخول، ويجيء حكمه في موضعه إن شاء الله تعالى.

ومنها: أدَّى الضامن الدين ثم وهبه رب المال[1] منه[2]، ففي رجوعه على الأصيل وجهان مبنيان على القولين، فيما لو وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول[3].

ومنها: له على رجلين عشرة، وضمن كل واحد منهما ما على الآخر، فلا شك أن رب الدين يطالبهما أو من[4] شاء منهما بالعشرة، فإن أدى أحدهما جميع العشرة برئا جميعاً، وللمؤدي الرجوع بالخمسة إن كان التصوير في حالة ثبوت الرجوع، وإن أدَّى كل واحد منهما خمسةً عما عليه فلا رجوع، وإن أدَّاها عن الآخر فلكل واحد الرجوع على الآخر[5] ويجيء خلاف التقاص. فإن أدَّى أحدُهما خمسةً ولم يؤدِّ الآخر شيئاً، فإن أداها عن نفسه برئ المؤدي عما كان عليه، وصاحبه عن ضمانه، وبقي على صاحبه ما كان عليه، والمؤدي ضامن له، وإن أدَّاها عن صاحبه رجع عليه بالمغروم، وبقي عليه ما كان صاحبه ضامناً له، وإن أدَّاها عنهما فلكل واحد نصف[6] حكمه.

---

(١) في (ز) و(ظ): (الدين).

(٢) سقط من (ز).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٢٧٠): «قلت: الأصح: الرجوع. والله أعلم».

(٤) في (ز) و(ظ): (ومن).

(٥) قوله: (فلكل واحد الرجوع على الآخر) سقط من (ظ).

(٦) في (ظ): (عنهما ولِكلٍّ نصف).

وإن أدَّى ولم يقصد شيئاً فيقسط عليهما، أو يقال: «اصرفه[١] إلى ما شئت»، فيه وجهان سبق نظيرهما في آخر الرهن. ومن فوائد الوجهين؛ أن يكون بنصيب أحدهما رهن. فإذا قلنا: له صرفه إلى ما شاء، فصرفه[٢] إلى نصيبه[٣]؛ انفك الرهن، وإلّا لم ينفك.

ولو اختلفا، فقال المؤدي: «أدَّيتُ عما علي»، وقال رب[٤] الدين: «بل أدَّيتَ عما على صاحبك[٥]»، فالقول قول المؤدي مع يمينه. فإذا حلف برئ عما كان عليه، لكن لرب الدين مطالبته بخمسة، لأنه إما صادقٌ فالأصل باق عليه، أو كاذبٌ فالضمان باق.

وعن بعض الأصحاب: أنه لا مطالبة له[٦]؛ لأنه إما أن يطالب عن جهة الأصالة، وقد صدق الشرع المؤدى في البراءة عنها[٧]، أو عن جهة الضمان، وقد اعترف ربُّ الدين بأنه أدَّى عنها، هذا حكم الأداء في المسألة.

ولو أبرأ رب الدين أحدَهما عن جميع العشرة، برئ أصلاً وضماناً، ويبرأ[٨] الآخر عن الضمان دون الأصيل، ولو أبرأ أحدهما عن خمسة، نظِر: إن أبرأه عن الأصل[٩] برئ عنه، وبرئ صاحبه عن ضمانه، وبقي عليه ضمان ما على صاحبه، وإن أبرأه عن الضمان، برئ عنه وبقي عليه الأصل، وبقي على صاحبه الأصل والضمان. وإن أبرأه

---

(١) في (ظ): (اصرف).

(٢) في (ظ): (صرفه).

(٣) أي إلى ما به الرهن.

(٤) أي: القابض.

(٥) في (ز) و(ظ): (أدّيت عن صاحبك).

(٦) سقط من (ز).

(٧) في (ز): (عنهما).

(٨) في (ط الفكر): (برئ الأصيل والضامن ويبرأ).

(٩) في (ط الفكر) و(ظ): (الأصيل).

عن الخمسة عن الجهتين جميعاً سقط عنه نصف الأصل ونصف الضمان، وعن صاحبه نصف الضمان وبقي عليه الأصل ونصف الضمان، فيطالبه بسبعة ونصف، ويطالب المبرأ عنه بخمسة. وإن لم ينوِ عند الإبراء شيئاً فيحمل على النصف أو يخبر ليصرف إلى ما شاء[١]؟ فيه الوجهان. ولو قال المبرئ: «أبرأت عن الضمان»، وقال المبرأ عنه: «بل عن الأصل»؛ فالقول قول المبرئ.

ومنها: ادَّعى على رجل أن له عليه وعلى فلان الغائب ألف درهم، عن ثمن عبدٍ باعَه منهما، وأقبضه أو عن جهة أُخرى، وأنَّ كل واحد منهما ضمن عن الآخر[٢] ما عليه، وأقام على ذلك بينةً وأخذ الألف من الحاضر.

قال المزني في «المختصر»: يرجع الحاضرُ بنصف الألف على الغائب.

واعتُرِضَ عليه بأنَّ البينة إنما تقام عند الإنكار، وإذا أنكر كان مكذباً للبينة، زاعماً ظلم المدَّعى عليه بما أخذه، وكيف[٣] يرجع على الغائب بما ظلم به؟.

وأجاب الأصحاب عنه: بأن لا نسلم بأن البينة إنما تقام عند الإنكار[٤]، بل يجوز أن يقرَّ الحاضر ويقيم المدعي البينة للإثبات على الغائب، ثم هب أنه لم يقر لكن البينة لا تستدعي الإنكار بخصوصه، بل الإنكار[٥] أو ما يقوم مقامه وهو السكوت، فلعله كان ساكتاً، ثم هب استدعاءَها للإنكار لكنها لا تستدعي الإنكار منه بخصوصه بل يكفي صدور الإنكار من وكيله في الخصومات، فلعل البينة أقيمت في وجه وكيله المنكر، ثم هب أنه أنكر لكنه ربما أنكر الضمان وسلم البيع.

---

(١) في (ظ): (يخبر ليختر ما شاء).

(٢) قوله: (عن الآخر) سقط من (ز).

(٣) في (ز) و(ظ): (بما أخذ فكيف).

(٤) في (ز) و(ظ): (إنكاره).

(٥) في (ط الفكر) و(ز): (للإنكار).

وهذا الإنكار لو كان مانعاً لكان مانعاً للرجوع بجهة غرامة المضمون، ومن الجائز أن يكون هذا الرجوع باعتبار أن المدعي ظلمه وأخذ(١) ما على الغائب منه، وللظالم مثل المأخوذ على الغائب، فيأخذ حقه بها(٢) عنده. والذاهبون إلى شيء من هذه التأويلات سلموا أنه لو وجد التكذيب القاطع لكل احتمال، يمتنع الرجوعُ، وهو الأصح على ما ذكره المسعودي والإمام(٣).

ومنهم من قال: لا يمتنع الرجوعُ وإن وجِد صريحُ التكذيب. وبه قال ابن خيران، لأن البينة أبطلت حكمَ إنكاره فكأنه لم ينكر. وهذا كما لو اشترى عبداً فادَّعى مُدَّعٍ أنه ملكه وأن بائعه غصبه منه(٤)، فقال في الجواب: «لا، بل كان ملكاً لبائعي وأنه الآن(٥) ملكي»، فأقام المدعي بينة، يرجع المشتري على البائع وإن أقر له بالملك، على أن في هذه الصورة أيضاً خلافاً، وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) في (ز) و(ظ): (بأخذ).

(٢) في (ز) و(ظ): (ممَّا).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٤١).

(٤) سقط من (ط الفكر).

(٥) في (ز) و(ظ): (اليوم).

قال:

(هذا كلُّه إذا أشهدَ على الأداء. فإن قصَّرَ في الإشهادِ ولم يصدَّق، لا يَرجع. وإن صدَّقه المضمونُ عنه، فلا يَرجعُ أيضاً في وجهٍ، لأنه لم ينفَعه أداؤه. وإن صدَّقه المضمونُ له، رجَع؛ في أظهرِ الوَجهَين، لأن إقرارَه أقوى من البيِّنةِ مع إنكارِه. ولو أشهدَ رجلاً وامرأتين، جاز. وفي رجلٍ واحدٍ ليحلفَ معَه خلاف؛ خوفاً من قاضٍ حنفيّ. وفي المَسْتُورِينَ خلاف. ولو ادّعى موتَ الشُّهود، وأنكرَ المضمونُ عنه أصلَ الإشهاد؛ فوجهانِ في أن القولَ قولُ مَن؟ لِتَقابُلِ القَولَين[1]).

كل ما مر من رجوع المأذون في الأداء والضامن على الأصيل مفروض فيما إذا أشهد على الأداء، ولا فرق بين إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين. ولو أشهد واحداً اعتماداً على أن يحلف معه، فوجهان:

أصحهما: أنه يكفي، لأن الشاهد مع اليمين حجة كافية لإثبات الأداء.

والثاني: لا؛ لأنهما قد يترافعان إلى حنفي[2] لا يقضي بشاهدٍ ويمينٍ، فكان ذلك ضرباً من التقصير.

ولو أشهد مَسْتُورَيْن فبانا فاسقين فوجهان؛ أحدهما: أنه كما لو لم يشهد، لأن الحق لا يثبت بشهادتهما وأولاهما الاكتفاء، لأنه لا اطِّلاع له على الباطن فكان معذوراً.

ولا يكفي إشهاد من يُعْرَف ظَعْنُهُ[3] عن قريب، لأنه لا يفضي إلى المقصود، أما

(١) في (ز): (الأصلين).

(٢) قال الإمام الجصاص في «أحكام القرآن» (١/ ٥١٤): «قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وابن شبرمة: لا يحكم إلّا بشاهدين، ولا يقبل شاهد ويمين في شيء، وقال مالك والشافعي: يحكم به في الأموال خاصة».

(٣) أي: سفره.

إذا أدى[1] من غير إشهاد فينظر: إن أدى في غيبة الأصيل فهو مقصر بترك الإشهاد؛ إذ كان من حقه الاحتياط وتمهيدُ طريق الإثبات لو جحد رب الدين؛ فلا رجوع له على الأصيل إن كذبه، وإن صدقه فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: أنه يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته بإذنه[2].

وأظهرهما: منع الرجوع، وبه قال أبو إسحاق، لأنه لم يؤدِّ بحيث ينتفع به الأصيل، فإن رب المال[3] منكر وطلبته بحالها[4].

وهل يحلف الأصيل إذا كذبه؟ قال في «التتمة»: ينبني على أنه لو صدقه هل يرجع عليه؟ إن قلنا: نعم، حلف على نفي العلم بالأداء. وإن قلنا: لا، فينبني على أن النكول ورد اليمين كالإقرار أو كالبينة؟ إن قلنا بالأول، لم يحلف؛ لأن غايته أن يَنْكُلَ فيحلف الضامن فيكون كما لو صدقه وذلك لا يفيد الرجوع، وإن قلنا بالثاني، حلفه طمعاً في أن ينكل ويحلف، فيكون كما إذا أقام البينة.

ولو كذبه الأصيل وصدقه رب المال فوجهان:

أحدهما: أنه لا رجوع له ولا ينتهض قول رب المال حجةً على الأصيل.

وأظهرهما: ثبوت الرجوع لسقوط الطلبة[5] بإقراره، وإقراره أقوى من البينة مع إنكاره.

وإن أدى في حضور الأصيل، فقد حكى الشيخ أبو حامد وآخرون وجهاً:

---

(١) في (ز): (ادَّعى).

(٢) سقط من (ز).

(٣) في (ط الفكر): (الدين).

(٤) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ١٧٦).

(٥) في الأصل: (لطلبه)، وفي «الروضة» (٤/ ٢٧٢): (المطالبة)، والمثبت من (ز).

أنه لا يرجع كما لو ترك الإشهاد في غيبته. وظاهر المذهب المنصوص أنه يرجع، لأنه في الغيبة مستبد بالأمر فعليه الاحتياط والتوثيق. فإذا كان الأصيل حاضراً فهو أولى بالاحتياط والتقصير بترك الإشهاد منسوب إليه.

وإذا توافق الأصيل والضامنُ على أنه أشهد، ولكن مات الشهودُ أو غابوا؛ ثبت له الرجوع؛ لأنه أتى بما عليه.

ونقل الإمام وجهاً بعيداً: أنه لا رجوع إذا[١] لم ينتفع بأدائه، إذ القول قول رب الدين[٢] في نفي الاستيفاء[٣].

ولو قال الضامن: «أشهدت وماتوا»، فأنكر الأصيل الإشهاد، ففيه وجهان:

أصحهما: أن القول قول الأصيل مع يمينه[٤]؛ لأن الأصل عدم الإشهاد.

والثاني: أن القول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم التقصير، ولأنه قد يكون صادقاً. وعلى تقدير الصدق، يكون منعه من الرجوع إضراراً، فليصدق للضرورة كما يصدق الصبي في دعوى البلوغ، إذ لا يعرف إلّا من جهته.

ولو قال: «أشهدت فلاناً وفلاناً» فكذباه فهو كما لو لم يُشهد. ولو قالا: «لا ندري وربما نسينا» ففيه تردد للإمام[٥]. ومتى لم تَقُمِ البينةُ على الأداء وحلف رب المال بقيت مطالبته بحالها. فإن أخذ المال من الأصيل فذاك، وإن أخذه من الكفيل مرة أخرى؛ لم يرجع بهما؛ لأنه مظلوم بأخذهما، ولا يرجع إلّا على من ظلمه.

---

(١) في (ز): (إذ).

(٢) في (ز): (المال).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٧).

(٤) قوله: (مع يمينه) سقط من (ط الفكر).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٧).

وبمَ[١] يرجع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يرجع بشيء، أما بالمبلغ الأول فلأنه قصَّر عند أدائه بترك الإشهاد. وأما بالثاني[٢]؛ فلاعترافه بأنه مظلوم به[٣].

وأظهرهما: أنه يرجع، لأنه غرم لإبراء ذمته، فعلى هذا: هل يرجع بالأول لأنه المبرئ للذمة أو[٤] بالثاني لأنه المسقط للمطالبة؟ فيه وجهان[٥]. والله أعلم.

خاتمة

قال[٦] في «التلخيص»: لو كان على رجل تسعون درهماً، فجاء مريض فضمن عنه بأمره ولا مال له غيره، ومات من عليه الحق ولم يترك إلّا خمسةً وأربعين درهماً، ومات الضامن، كان لصاحب الحق مطالبة ورثة الضامن بستين درهماً، ويرجع ورثةُ الضامن على الميت بثلاثين، ويرجع صاحب الحق على الميت بخمسة عشر درهماً. هذا لفظه.

واعلم أن الضمان في مرض الموت، إذا كان بحيث يثبت الرجوع ووَجَد الضامنُ مرجعاً، فهو محسوبٌ من رأس المال. وإذا كان بحيث لا يثبت الرجوعُ أو لم يجد مرجعاً كموت[٧] الأصيل معسراً؛ فهو محسوب من الثلث. وهذا قد مرَّ طرفٌ منه

---

(١) في (ظ): (ثم هل).

(٢) في (ط الفكر): (الثاني).

(٣) سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ظ): (وأما).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢٧٢): «قلت: ينبغي أن يرجع بأقلهما. فإن كان الأول فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني، وإن كان الثاني فهو المبرئ. ولأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد. والله أعلم».

(٦) أي ابن القاص.

(٧) في (ز) و(ظ): (لموت).

في أوائل الضمان، وبه تعرف أنه[١] لم يشترط في صورة المسألة موتُ الأصيل. ومتى وَفَّتْ تركة الأصيل بثلثي الدين فلا دور، لأن صاحبَ الحق إن أخذ الحقَّ من تركة الضامن، رجع ورثتُه بثلثيه في تركة الأصيل. وإن أخذ تركة الأصيل وفضل[٢] شيءٌ، أخذه من تركة الضامن ويقع تبرعاً، لأن ورثة الضامن لا يجدون مرجعاً. وإن لم تَفِ التركة بالثلثين فقد سبق[٣] الدور في المسألة، كالصورة المنقولة عن «التلخيص»، وهي أن يضمن المريض تسعين، ويموت وليس له إلّا تسعون، ويموت الأصيل وليس له إلّا خمسةٌ وأربعون، فصاحب الحق بالخيار، إن شاء أخذ تركةَ الأصيل بتمامها، وحينئذ لا يقع ضَرَرٌ أيضاً، وله مطالبة ورثة[٤] الضامن بثلاثين درهماً، ويقع تبرعاً؛ إذ[٥] لم يبق للأصيل تركة حتى يفرض فيها رجوع. فإن أراد الأخذ من تركة الضامن، لزم الدَّوْرُ. لأن ما يغرمه ورثة الضامن يرجع إليهم بعضه من جهة أنه يصير المغروم ديناً لهم على الأصيل، فيضاربون به مع صاحب الحق في تركته، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة، ومن زيادة التركة زيادة المغروم، ومن زيادة المغروم زيادة الراجع.

وطريق استخراجه أن يقال: يأخذ صاحب الحق[٦] من ورثة الضامن شيئاً ويرجع إليهم مثل نصفه؛ لأن تركة الأصيل نصف تركة الضامن، فيبقى عندهم تسعون إلّا نصف شيء. وهو يعدل مثلي ما تلف بالضمان. والتالف نصف شيء ومثلا[٧] شيء، فإذاً

(١) سقط من (ز).
(٢) في (ز) و(ظ): (بقي).
(٣) في (ط الفكر): (يتفق).
(٤) سقط من (ز).
(٥) في (ط الفكر) و(ظ): (إذا).
(٦) سقط من (ظ).
(٧) في (ز): (فمثلاه).

تسعون إلاّ نصف شيء يعدل شيئاً. فإذا جبرنا[١] وقابلنا عدل[٢] تسعون شيئاً ونصفاً فيكون الشيء سِتِّينَ، فبانَ لنا أن المأخوذ ستون. وحينئذ يكون الستون ديناً لهم على الأصيل. وقد بقي لصاحب الحق ثلاثون، فيتضاربون في تركته بسهمين وسهمٍ. وتركته خمسة وأربعون، يأخذ منها الورثة[٣] ثلاثين، وصاحب الحق خمسة عشر. ويتعطل باقي دَيْنه وهو خمسة عشر. ويكون الحاصل للورثة ستين؛ ثلاثون بقيت عندهم، وثلاثون أخذوها[٤] من تركة الأصيل، وذلك مِثْلا ما تلف ووقع تبرعاً؛ وهو ثلاثون.

ولو كان التصوير كما مر، لكن تركة الأصيل ثلاثون، لقلنا يأخذ صاحب الحق ولو كان التصوير كما مر، لكن تركة الأصيل ثلاثون، لقلنا يأخذ صاحب الحق شيئاً، ويرجع إلى ورثة الضامن مثل ثلثه، لأن تركة الأصيل ثلث تركة الضامن، فبقي عندهم تسعون ناقصة بثلثي شيء يعدل مثلي التالف بالضمان وهو ثلثا شيء، فمثلاه شيء وثلث، فإذن تسعون إلّا ثلثي شيء يعدل شيئاً وثلثاً، فإذا جبرنا[٥] وقابلنا عدلت تسعون شيئين، فيكون الشيء جميعه[٦] خمسة وأربعين، وذلك ما أخذه صاحب الحق وصار دَيْناً لورثة الضامن على الأصيل، وبقي لصاحب الحق عليه خمسةٌ وأربعون أيضاً، فيضاربون[٧] في تركته بسهم وسهم فيجعل[٨] بينهما مناصفة، ولو كان تركة

---

(١) في (ظ): (أجبرنا)، وفي (ط الفكر): (اخترنا).

(٢) في (ز) و(ظ): (عدلت).

(٣) في (ط الفكر): (للورثة).

(٤) في (ظ): (يأخذوها).

(٥) في (ظ): (أجبرنا)، وفي (ط الفكر): (اخترنا).

(٦) سقط من (ز) و(ظ).

(٧) في (ز): (فيتضاربون).

(٨) في (ط الفكر): (يحصل).

الأصيل ستين فلا دور، بل لصاحب الحق أخذ تركة الضامن كلها، ثُمَّ هم يأخذون تركة الأصيل كلها[١] بحق الرجوع، ويقع الباقي تبرعاً[٢].

ثم قال في «التلخيص»: ولو كانت المسألة بحالها وكان قد ضمن أيضاً عن الضامن ضامن ثان ومات الضامن الثاني ولم يترك إلّا ستين درهماً أيضاً كان[٣] لصاحب الحق أن يطالب ورثة أيِّهما شاء، فإن طالب به ورثة الضامن الأول، كان كالمسألة الأولى؛ يأخذ منه ستين، ومن ورثة مَنْ كان عليه أصلُ المال خمسة[٤] عشر، ويرجع ورثة الضامن الثاني[٥] على ورثة الذي كان عليه الحق بثلاثين، وإن طالب ورثة الضامن الثاني أخذ منهم سبعين درهماً، ومن ورثة من كان عليه الأصل خمسة عشر، ويرجع ورثة الضامن الثاني، على الضامن الأول بأربعين درهماً، ويرجع الضامن الأول في مال من عليه أصل الحق بثلاثين.

أما قوله: (إن طالب به[٦] ورثة الضامن الأول كان كالمسألة الأولى)، معناه[٧]: أنه لا يأخذ منهم إلّا ستين، ويأخذ من تركة الأصيل خمسة عشر، كما في الصورة السابقة. لكن لا يتلف من ماله شيء هاهنا، بل يطالب بالباقي ـ وهو خمسة عشر ـ ورثة الضامن الثاني.

---

(١) من قوله: (ثم هم) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) قال النووي رحمه الله في «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٤): «قلت: وهذه المسائل منثورة تتعلق بالضمان....» وترك بياضاً في الأصل. وربما إشارة إلى ما ذكره الرافعي في آخر كتاب الضمان الذي معنا الآن.

(٣) في (ز): (إلّا تسعين أيضاً درهماً كان).

(٤) في (ظ): (عليه الأصل خمسة).

(٥) سقط من (ز) و(ظ).

(٦) سقط: (به) من (ط الفكر) و(ز).

(٧) في (ز) و(ظ): (فمعناه).

وأما جوابه فيما إذا طالب ورثة الضامن الثاني؛ فقد غلطه الأصحاب فيه من جهة أنه أتلف من مال الثاني ثلاثين، لأنه أخذ منهم سبعين، وأثبت لهم الرجوع بأربعين، وكان الباقي عندهم عشرين، فالمجموع ستون، ولم يتلف من مال الأول إلّا عشرة، لأنه أخذ منهم أربعين، وأثبت لهم الرجوع بثلاثين. ومعلوم أن[1] الضامن الثاني إنما ضمن لهم[2] تسعين عمن يملك تسعين، والأول ضمن تسعين عمن يملك خمسة وأربعين، فكيف يؤخذ من الثاني أكثر مما يؤخذ من الأول؟

ثم اختلفوا في الجواب[3]؛ فقال الأستاذ أبو منصور في «الوصايا»[4]: يأخذ صاحب الحق من ورثة الضامن الثاني خمسة وسبعين، ويرجعون بمثلها على ورثة الأول، ويرجع ورثة الأول على ورثة الأصيل بتركته وهي خمسة وأربعون، فيكون جملة ما معهم ستين، خمسة عشر من الأصيل[5] والباقي من العوض، وذلك مِثْلا الثلاثين التالفة عليهم، ولم يثبت لصاحب الحق مطالبة ورثة الثاني بكمال الدين.

وقال القفال والأكثرون: له مطالبة ورثة الثاني بجميع الدين، ثم هم يرجعون على ورثة الأول بخمسة وسبعين، ويتلف[6] عليهم خمسة عشر للضرورة، ويرجع ورثة الأول[7] على ورثة الأصيل بتركته كما ذكره الأستاذ.

قال الإمام رحمه الله: كأن الأستاذ اعتقد أن الضمان الأول لا يصح إلّا في قدرٍ

(١) سقط من (ظ).
(٢) سقط من (ز) و(ظ).
(٣) في (ط الفكر): (الصواب).
(٤) في (ظ): (القضا).
(٥) في (ظ): (الأصل).
(٦) سقطت الواو من (ط الفكر).
(٧) في (ط الفكر): (الأول بها).

لو رجع معه في تركة الأصيل لَمَا زاد التالف من تركته على ثلثها، وإذا[1] لم يصح ضمانُه فيما زاد، لم يصح ضمان الثاني عنه[2].

والآخرون قالوا: إنما لا يؤخذ أكثر من الثلث بحق[3] الورثة، لكنه صحيح في الجميع متعلق بذمته[4]، فيكون ضمان الثاني عنه فيما زاد كالضمان عن المعسر.

ويجب أن يكون هذا الخلاف جارياً في مطالبتهم بتتمة التسعين إذا طالب أولاً ورثة الضامن الأول وإن لم يُذكر ثَمَّ. وإن أخذ المستحق أولاً تركة الأصيل برئ الضامنان عن نصف الدين.

ثم المستحق على جواب الأكثرين، إن شاء أخذ من ورثة الأول ثلاثين، ومن ورثة الثاني خمسة عشر، وإن شاء أخذ الكل من ورثة[5] الثاني، وهم يرجعون على ورثة الأول بثلاثين، فيصل إلى تمام حقه بالطريقين. وعلى جواب الأستاذ ليس له من الثاني إلّا ثلاثون[6]، إن شاء أخذها من ورثة الأول ولا يرجع، وإن شاء أخذها من ورثة الثاني، وهم يرجعون بها[7] على ورثة الأول. والله أعلم[8].

---

(١) في (ظ): (فإذا).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٠/ ٤٣٧).

(٣) في (ز): (لحق).

(٤) في (ز) و(ظ): (بالذمة).

(٥) في (ط الفكر): (ورثة الأول، ولا رجوع، وإن شاء أخذها من ورثة).

(٦) في (ط الفكر): (ثلاثين).

(٧) سقط من (ط الفكر).

(٨) وبه تم كتاب الضمان، ويليه كتاب الشركة بقوله: «قال: كتاب الشركة....»، وهو القسم الرابع من «العزيز»، تحققه الأستاذة صباح إلياس وفقها الله. وبتمام كتاب الضمان تم تحقيقي بتوفيقه تعالى. وأحمد الله أولاً وآخراً، وأصلي وأسلم على رسولنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المحتويات

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ الرَّهْن

الموضوع الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع **الصفحة**

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

الموضوع | الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع | الصفحة

كِتَابُ الحَجْر

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ الصُّلحِ

الموضوع | الصفحة

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ الحَوَالة

الموضوع الصفحة

كِتَابُ الضَّمَان

الموضوع الصفحة

الموضوع **الصفحة**

* * *